شرح

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٨٦١ هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية:
تتمة كتاب البيوع - الصرف - الكفالة - الحوالة - أدب القاضي
الشهادات - الرجوع عن الشهادة - الوكالة

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الربا

قال **(الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً)** فالعلة عندنا الكيل مع الجنس والوزن مع

باب الربا

هو من نوع البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذي آمنوا لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] بسبب زيادة فيه، فمناسبته بالمرابحة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهية، والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه، والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ قوله: **(الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه)** وفي عدة من النسخ: الربا محرم في كل مكيل إلى آخره، وفي كثير منها زيادة متفاضلاً الربا يقال لنفس الزائد، ومنه ظاهر قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه، وسنذكر تفصيلها. ويقال لنفس الزيادة: أعني بالمعنى المصدري، ومنه وأحل الله البيع وحرّم الربا أي حرّم أن يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وإن يزاد في بيع تلك الأموال بجنسها قدرا ليس مثله في الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم يتعلق به، ولا شك أن في قوله الربا في كل مكيل الأول بغير لفظ محرم لا يراد كل منهما لأنه كذب على إسقاط لفظ متفاضلاً، أو لا فائدة فيه

باب الربا

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى: **﴿وابتغوا من فضل الله﴾** شرع في بيان أنواع بيوع نهي الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾** فإن النهي يعقب الأمر، وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربا، ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئاً في الزهد؟ قال قد صنفت كتاب البيوع، ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم، وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال. والربا في اللغة هو الزيادة، من ربا المال: أي زاد، وينسب فيقال ربوي بكسر الراء، ومنه الأشياء الربوية، وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب. وفي الاصطلاح: هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع. قال: **(الربا محرم في كل مكيل أو موزون)** أي حكم الربا هو حرمة الفضل والنسيئة جار في ما يكال أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه **(فالعلة)** أي لوجوب المماثلة هو **(الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس)** قال المصنف **(ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل)**

باب الربا

قوله: **(لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها)** أقول: لا يقال البيع الفاسد من جملة تلك الأبواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأموراً بالمباشرة يكفي لغرضه قوله: **(عن العوض المشروط)** أقول: صفة العوض تدل على تعريف السغناقي في المكاتب بقوله: الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر، وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة. قال المصنف: **(الربا محرم في كل مكيل)** أقول: في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه، ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جار أو مستقر في كل مكيل.

الجنس. قال رضي الله عنه: ويقال القدر مع الجنس. وهو أشمل. والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا» وعد الأشياء الستة: الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال. ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلاً. ومعنى الأول بيع التمر، ومعنى الثاني

بتقدير إثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة، أما على استعمال الربا في حرمته فيكون لفظ الربا مجازاً، أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف الربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره: أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل. ثم قوله: **(فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس)** مرتباً بالفاء لما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته، ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة الكيل مع الجنس **(و)** قد **(يقال)** بدل الكيل والوزن **(القدر وهو أشمل)** وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح، إذ يشمل العد والذرع وليسا من أموال الربا: أي علة تحريم الزيادة كونه مكيلاً مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة **(والأصل فيه الحديث المشهور)** أخرج الستة إلا البخاري عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبّر بالبّر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثلاً سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[1] وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ «مثله سواء» وزاد بعد قوله «يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»[2] وأخرج مسلم أيضاً من حديث

لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر **(والأصل فيه الحديث المشهور)** الذي تلقته العلماء بالقبول **(وهو قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربا» وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال)** ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم. وروى بروايتين بالرفع «مثل بمثل» وبالنصب «مثلاً بمثل» ومعنى الأول بيع الحنطة وحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وأعرب بإعرابه ومثل خبره، ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلاً بمثل، والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي «كيلاً بكيل» وكذلك في الموزون «وزناً بوزن» فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة، فإن بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه، ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصمت «جيدها ورديئها سواء»، وكلام رسول الله ﷺ يفسر بعضه بعضاً، فإن قيل: تقديراً بيعوا يوجب البيع وهو مباح. أجيب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة كقولك مت وأنت شهيد، وليس المراد الأمر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء إذا مات، وكذلك المراد الأمر بكون البيع على صفة المماثلة قوله: **(يد بيد)** المراد به عندنا عين بعين، وعند الشافعي قبض بقبض قوله: **(والفضل ربا)** الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات أحدهما على الآخر حرام **(والحكم معلول بإجماع القائسين)** احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين إن الحكم مقصور على الأشياء الستة، والنص غير معلول **(لكن العلة عندنا ما ذكرنا)** من القدر والجنس **(وعند الشافعي الطعم في**

قال المصنف: **(وهو أشمل)** أقول: وقال ابن الهمام: لكنه يشمل المذروع والعدد وليسا من أموال الربا انتهى. ويمكن أن يقال: الألف واللام في القدر للعهد، والمراد الكيل والوزن قوله: **(ومعنى الثاني بيعوا التمر)** أقول: كان الظاهر بيعوا الحنطة قوله: **(وكذلك في الموزون الخ)** أقول: أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل «وزناً بوزن» حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره.

---

(١) صحيح. أخرجه الإمام الشافعي في مسنده ٢/ ١٥٧. ١٥٨ ومسلم ١٥٨٧ من وجوه، وأبو داود ٣٣٤٩ و ٣٣٥٠ والترمذي ١٢٤٠ والنسائي ٧/ ٢٧٤. ٢٧٥ وابن ماجه ٤٤٥٤ وابن الجارود ٦٥٠ وابن حبان ٥٠١٥ و ٥٠١٨ والدارقطني ٣/ ٢٤ وعبد الرزاق ١٤١٩٣ وأحمد ٥/ ٣٢٠ وابن أبي شيبة ٧/ ١٠٣. ١٠٤ والبيهقي ٥/ ٢٧٧. ٢٨٢. ٢٨٢ من طرق كلهم من حديث عباده بن الصامت.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٨٤ ح ٨٢ والنسائي ٧/ ٢٧٧ وابن الجارود ٦٤٨ وأحمد ٣/ ٤٩. ٥٠. ٦٦. ٦٧. ٩٧ والبيهقي ٥/ ٢٧٨ كلهم من حديث أبي سعيد.

بيعوا التمر، والحكم معلوم بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه. وعند الشافعي رحمه الله: الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان، والجنسية شرط، والمساواة مخلص. والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على

أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله «فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه»[١] وليس فيه ذكر الذهب والفضة، والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلاً بمثل، وأما رواية مثلاً بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن: حدثنا أبو حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ أنه قال «الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والفضل ربا»[٢] وهكذا قال إلى آخر الستة، وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف بإسناده إلى عبادة بن الصامت: سمعت رسول الله ﷺ يقول «الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد هكذا» إلى آخر الأشياء الستة، وذكر التمر بعد الملح آخر. وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت «الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها» إلى أن قال: «ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يداً بيد وأما نسيئة فلا، ولا بأس ببيع البرّ بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد، وأما النسيئة فلا»[٣] انتهى. ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبّر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير، بل لو كان الزائد الذهب والبّر جاز، ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبّر على الشعير قوله: **(والحكم)** يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية **(معلول بإجماع القائسين)** أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه، بخلاف الظاهرية، وكذا عثمان البتي فإن عندهم حكم الربا مقتصر على الأشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها. أما الظاهرية فلأنهم ينفون القياس، وأما عثمان البتي فلأنه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولأنه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله: «خمس من الفواسق»[٤] قلنا: تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله: «لا تبيعوا الصاع بالصاعين» كما سيأتي عند الشافعي دليل، وسنقيم عليه الدليل. وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع، ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به، والإبطال الممنوع هو الإبطال بالنقص، أما بالزيادة بالعلة فلا، وتخصيص هذه الستة بالذكر لأن عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها، وممن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة، وهو أيضاً مأثور عن قتادة وطاوس، قيل فانخرم قوله بإجماع القائسين قوله: **(لكن العلة عندنا ما**

المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط) لعلم العلة عملها حتى لا تعملَ العلة المذكورة عنده إلا عند وجود الجنسية، وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء، فلو أسلم هروياً في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود أحد وصفي العلة، وسيأتي **(والمساواة مخلص)** يتخلص بها عن الحرمة لأنه: أي الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لأنه قال: «يداً بيد

قوله: **(وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء)** أقول: ضمير لها راجع إلى قوله والجنسية شرط الخ.

---

(١) صحيح. لكن من حديث أبي هريرة كذا رواه مسلم ١٥٨٨ والنسائي ٧/ ٢٧٨ ومالك ٢/ ٦٣٢ وأحمد ٢/ ٢٦٢. ٤٣٧ وأبو يعلى ٦١٠٧ كلهم من حديث أبي هريرة: التمر بالتمر والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى. إلا ما اختلفت ألوانه .. هذا لفظ مسلم وأبي يعلى. ورواية مالك وغيره مختلفة.

تنبيه: فالحديث لم يروه مسلم بهذا اللفظ من حديث أبي سعيد وهو سبق قلم من المصنف. ويؤكد ذلك كون الزيلعي ذكره في نصب الراية ٤/ ٢٦ ونسبه لمسلم عن أبي هريرة وأكد ذلك بقوله: ليس فيه ذكر الذهب والفضة.

(٢) غريب هكذا. وهو في مسند أبي حنيفة كتاب البيوع ج ٦ ص ١٢١ عن عطية العوفي عن أبي سعيد مرفوعاً فذكره وفيه: مثلاً بمثل ا هـ أي على النصب لا على الرفع. وعطية العوفي واه كما في الميزان فالصواب في روايته ما وافقه رواية الجماعة وذلك بالنصب: مثلاً بمثل ا هـ فتنبه.

(٣) جيد. هذا اللفظ عند أبي داود ٣٣٤٩ والنسائي ٧/ ٢٧٦ والطحاوي في المعاني ٤/ ٦٦ والبيهقي ٥/ ٢٧٧ كلهم من حديث عبادة. وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات رجال مسلم غير مسلم بن يسار المكي وهو ثقة عابد كما في التقريب.

(٤) صحيح. تقدم تخريجه في أواخر كتاب الحج. وتتمة الحديث: يقتلن في الحلّ والحرم: العقرب والحِدَأةُ والغُراب الأبقع والفأرة والكلب العقور.

أخرجه البخاري ١٨٢٩ ومسلم ١١٩٨ من وجوه وابن حبان ٥٦٣٣ وأحمد ٦/ ٨٧. ٢٥٩ والبيهقي ٥/ ٢٠٩ كلهم من حديث عائشة. وتقدم الكلام عليه مع ذكر تغير ألفاظه وطرقه.

شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزّة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح، فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها، ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً والحكم قد يدور مع الشرط. ولنا أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع، إذ هو ينبىء عن التقابل وذلك بالتماثل، أو صيانة لأموال الناس عن التوى، أو تتميماً للفائدة باتصال

ذكرناه) يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء، وبأحدهما مفرداً يحرم النساء ويحل التفاضل كما سيأتي **(وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص)** من الحرمة **(وهي)** أعني الحرمة **(الأصل)** وعند مالك العلة الاقتيات والادخار، فكل ما يقتات ويدخر فهو ربا ومالاً فلا، لأنه ﷺ خص البرّ وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهراً فيه، فنبه بالبرّ على مقتات تعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان به، والشعير يشاركه فيه مع كونه علفاً وقوتاً لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها، ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالباً كالعسل والسكر والزبيب، وبالملح على أن ما أصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الأبازير وما في معناها، والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الأشياء وأصول الأثمان. وقال الشافعي في القديم: العلة الطعم مع الكيل أو الوزن، وفي الجديد: هي الطعم فقط في الأربعة والثمنية في النقدين، ومنهم من يجعلها عينهما والتعدي إلى الفلوس الرائجة وجه. والصحيح أنه لا ربا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول أحمد في رواية، والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم نساء. وعلى الجديد يحرم الربا في الماء، وجه قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»[1] رواه مسلم، والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة، وروي: «لا تبيعوا الطعام»[2] إلى آخره. فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها، إذ لو اقتصر على قوله: «لا تبيعوا» لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقاً، فما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لأنها هي الأصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص، إذ يجوز الحفنة بالحفنتين، وهذا الطريق يفيد أنها علة

مثلاً بمثل» منصوبان على الحال والأحوال شروط، هذا في رواية النصب، وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب إلا أنه عدل إلى الرفع للدلالة على الثبوت **(وكل ذلك)** أي كل من الشرطين **(يشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح)** فإذا كان عزيزاً خطيراً **(يعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم)** في المطعومات **(لبقاء الإنسان به، والثمنية في الأثمان لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك)** أي في إظهار الخطر والعزة **(فجعلناه شرطاً)** والحاصل أن العلة إنما تعرف بالتأثير، والطعم والثمنية أثر كما ذكرناه وليس للجنسية أثر، لكن العلة لا تكمل إلا عند وجود الجنس فكان شرطاً لأن الحكم يدور مع الشرط وجوداً عنده لا وجوباً به **(ولنا أن الحديث أوجب المماثلة شرطاً في البيع بقوله مثلاً بمثل)** لما مرّ

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٩٢ وأحمد ٦/ ٤٠١ وابن حبان ٥٠١١ والطبراني ٢٠ (١٠٩٥) والبيهقي ٥/ ٢٨٣ من طرق كلهم عن معمر بن عبد الله: أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال: بعه، ثم اشتر به شعيراً، فذهب الغلام، فأخذ صاعاً وزيادة بعض الصاع فلما جاء معمراً أخبره بذلك فقال معمر. لم فعلت ذلك؟ انطلق فَرُدَّهُ ولا تأخذنَّ إلا مثلاً بمثل. فإني كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: الطعام بالطعام مثلاً بمثل. قال: وكان طعامنا يومئذ الشعير. قيل له: فإنه ليس بمثله. قال: إني أخاف أن يُضارعَ. هذا لفظ مسلم.

قال النووي: معنى يضارع يشابه، ويشارك. ومعناه أخاف أن يكون في معنى المماثل فيكون له حكمه في تحريم الربا. واحتجّ مالك بهذا الحديث في كقرن الحنطة والشعير صنفاً واحداً لا يجوز التفاضل فيهما، والجمهور على أنهما صنفان يجوز التفاضل بينهما. ودليل الجمهور حديث: فإذا اختلفت هذه الأجناس، فبيعوا كيف شئتم وأما حديث معمر فإنه تورع منه حيث قال: أخاف ا هـ وقول المصنف: روي: «لا تبيعوا الطعام..» الخ.

فلم أره مرفوعاً عند مسلم ولا غيره. وإنما أخرجه الطحاوي في المعاني ٤/ ٧٠ بسند حسن عن أبي بكر كتب في وصيته لأمراء الأجناد: أما بعد فإنكم قد هبطتم أرض الربا أي الشام. فلا تتبايعون الذهب بالذهب إلا وزناً بوزن، ولا الورق بالورق إلا وزناً بوزن، ولا الطعام بالطعام إلا كيلاً بكيل ا هـ.

(٢) تقدم في الذي قبله. وأن لفظ: لا، جاء في خبر أبي بكر. والله أعلم.

التسليم به، ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى، والمعيار يسوي الذات،

منصوصة، ولو أخذنا في استنباط علته أدانا إلى هذه العلة أيضاً، ووجهه أنه نص على شرطي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط **(يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح)** فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر، وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل إلى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الأصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات **(ولا أثر للجنسية)** والقدر **(في ذلك)** أي في إظهار العزة والخطر **(فجعلناه شرطاً، والحكم قد يدور مع الشرط)** كالرجم مع الإحصان **(ولنا أنه)** أي النص المشهور **(أوجب التماثل شرطاً للبيع)** وإيجاب المماثلة **(هو المقصود بسوق الحديث)**[1] إذ لا بد فيه من إضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلاً: أي بيعوا هذه الأشياء مثلاً بمثل، وبهذا تبين أن الإباحة في بيع الأموال الربوية بعضها ببعض هي الأصل. وقوله: «لا تبيعوا الطعام» الحديث إنما ينصرف النهي إلى ما بعد إلا نحو ما جاء زيد إلا راكباً، وحاصله الأمر بالتسوية عند بيعها، ولا شك أن في إيجاب المماثلة تحقيقاً لمعنى البيع المنبىء عن التقابل إذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما أن المماثلة تستدعي شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فإن كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعي العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليتم معنى البيع **(أو)** أوجب المماثلة **(صيانة لأموال الناس عن التوى)** فإنه إذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء، فإذا كان فضل في أحدهما صار ذلك الفضل تاوياً على مالكه، فلقصد صيانة أموال الناس عن التوى أوجب المماثلة، بخلاف ما إذا قوبل المال بغير جنسه فإنه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى إلا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في إحدى الجهتين، ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابض فإن للحال مزية على المؤخر فإيجاب التقابض أيضاً لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظاً عليهم أموالهم **(والمماثلة بين الشيئين)** تمامها **(باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوّي الذات)** أي الصورة **(والجنسية تسوّي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخال عن عوض شرط فيه)** أي في العقد، وعلمت أن الخلوّ في المعاوضة لا يتحقق إلا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس **(ولم يعتبر)** في إثبات المماثلة عدم تفاوت **(الوصف)** إما **(لأنه لا يعدّ تفاوتاً عرفاً)** وفيه نظر **(أو لأن في اعتباره سد باب البياعات)** وهو الوجه لأنه قلما يخلو عوضان من جنس عن

أنه حال بمعنى مماثلاً، والأحوال شروط (و) وجوب المماثلة **(هو المقصود بسوق الحديث)** لأحد معان ثلاثة **(لتحقيق معنى البيع فإنه ينبيء عن التقابل)** وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل، لأنه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه **(أو صيانة لأموال الناس عن التوى)** لأن أحد البدلين إذا كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيعاً لفضل ما فيه الفضل **(أو تتميماً للفائدة باتصال التسليم به)** أي بالمماثل: يعني أن في النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضاً بعد مماثلة كل منهما للآخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت الملك، وفيه نظر لأنه خارج عن المقصود، إذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدراً لا بيان المماثلة من حيث القبض. والأولى أن يقال: لو لم يكن أحد العوضين مماثلاً للآخر لم تتم الفائدة بالقبض، لأنه إذا كان أحدهما أنقص يكون نفعاً في حق أحد المتعاقدين وضرراً في حق الآخر، وإذا كان مثلاً الآخر يكون نفعاً في حقهما فتكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعاً في حقهما جميعاً. ولقائل أن يقول: هذه الأوجه

قوله: **(ولقائل أن يقول: إلى قوله: لأنها لا تنفك عن التقابل)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى واقتضاء تتميم الفائدة قوله: **(ولقائل أن يقول: إنما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل)** أقول: إذا كان مراعاة شرط الحل واجبها على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكروه قوله: **(ويمكن أن يجاب عنه بأن انفراد الحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة)** أقول: فيه بحث، فإن الحرام ما ثبت بدليل قطعي. والمكروه هو الثابت بظني كالفرض والواجب؛ ألا يرى إلى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق.

---

(١) مراده حديث عبادة في أول الباب.

والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه، ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً، أو لأن في اعتباره سد باب البياعات، أو لقوله عليه الصلاة والسلام «جيدها ورديئها سواء» والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع، والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره، إذا ثبت هذا نقول: إذا بيع

تفاوت ما فلم يعتبر. وقوله ﷺ: «جيدها ورديئها سواء»[1] إن صح يفيده، وإلا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب[2] والإجماع عليه، وعلة إهداره ما ذكرنا، وعند تأمل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتواردا على محل واحد، فإن الشافعي وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم، وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم، فإن الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة. فالوجه أن يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات إلى آخر ما ذكروا عندهم. وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم، وظهور هذا القصد من إيجاب المماثلة في المقدار والتقابض أظهر من أن يخفى على من له أدنى لبّ فضلاً عن فقيه. وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لأن الطعم مما تشتد الحاجة إليه اشتداداً تاماً **(والسبيل في مثل ذلك الإطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق)** فإن السنة الإلهية جرت في حق جنس الإنسان أن ما كانت الحاجة إليه أكثر كان إطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلأ للدواب، فإن قال: دل الترتيب على المشتق عليه، قلنا: ذلك بشرط كونه صالحاً مناسباً للحكم على أنا نمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الأعيان الخاصة وهو البرّ والشعير لا يعرف المخاطبونَ بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب مأكولهم لا يسمونه طعاماً ولا يفهمونه من لفظ الطعام؛ ألا ترى أن مالكاً فيما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام، قال: لأنه ﷺ خصه بالذكر[3] ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الأرمني، وهو صحيح لولا دليل آخر عمه. وإلحاقه بالبضع فيه خلل لأن البضع مصون شرعاً وعرفاً وعادة عن الابتذال والإباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة، بخلاف باقي الأموال فإن أصلها الإباحة، ويوجد كثير منها مباحاً حتى الذهب والفضة، وإنما لزم فيها العقد بعد تعلق حق إنسان به دفعاً لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعاً للحوائج الأصلية فإلحاقها به غير

الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في سائر البياعات لأنها لا تنفك عن التقابل وصيانة الأموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تتخلف العلة عن المعلول. والجواب أن موجبها في الربا هو النص، والوجوه المذكورة حكمته لا علته ليتصور التخلف، وإذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربا لأن المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه. لقائل أن يقول: إنما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل إن لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة، وهو ممنوع لأن الكراهة واسطة بين الحل والحرمة. ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى

قوله: **(ولقائل أن يقول: قد تبين أن المماثلة، إلى قوله: بالقدر والجنس الخ)** أقول: فيه بحث، فإن المعلل هو وجوب المماثلة لا نفسها.

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٧: غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد في أول الباب. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٦: لم أجده.

(٢) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه مالك ٢/ ٦٢٣ ومن طريقه البخاري ٢٢٠١ و ٢٢٠٢ و ٢٣٠٢ و ٢٣٠٣ و ٤٢٤٤ و ٤٢٤٥ ومسلم ١٥٩٣ والنسائي ٧/ ٢٧١. ٢٧٢ وابن حبان ٥٠٢١ والبيهقي ٥/ ٢٩١ والبغوي ٢٠٦٤ كلهم عن عبد المجيد بن سهيل عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ: أَكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ فقال: لا والله يا رسول الله. إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعل. بِعْ الجَمْعَ بالدراهم، ثم ابتغ بالدراهم جنيباً ا هـ. جاء في المغرب ما ملخصه. : الجَمْعُ. هو ما يخلط من تمر خمسين نخلة. وقيل: كل لون من النخل لا يعرف اسمه فهو جَمْع، ثم غلب على التمر الرديء. والجنيب. فعيل. هو من أجود التمر ا هـ.

(٣) تقدم حديث الطعام وهو من حديث معمر بن عبد الله.

المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجوب شرط الجواز، وهو المماثلة في المعيار؛ ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله، مثلاً بمثل كيلاً بكيل، وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن **(وإن تفاضلا لم يجز)** لتحقق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل لإهدار التفاوت في الوصف **(ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين)** لأن المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف.

صحيح، إلا أنهم لما حصروا المعرف في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة، فأجازوا **(بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة)** من البرّ **(بحفنتين)** لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف لا بالمثل، وهذا في غير الجواز من العددي المتقارب. أما فيه فكلام فخر الإسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان، وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا، لأن الجوزة ليست مثلاً للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت، إلا أن الناس أهدروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا. ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها، فإن أبى إلا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها. وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بثنتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه، فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها، وهذا إذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع، فإن بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة. وفي جمع التفاريق قيل: لا رواية في الحفنة بقفيز واللبّ بالجوز، والصحيح ثبوت الربا، ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين، أما إن كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك، وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن، بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره، ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا. وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال: كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام **(و)** يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر قوله: **(والجنس)** مع التفاضل على ما قررناه للصيانة قوله: **(وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية)** هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين

الكراهة، فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه أتم فليطلب ثمة قوله: **(والمماثلة بين الشيئين)** بيان عليه القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشيئين وذلك لأن المماثلة بين الشيئين **(باعتبار الصورة والمعنى)** وهو واضح **(والمعيار يسوي الذات)** أي الصورة **(والجنسية تسوي المعنى)** فإن كيلاً من بر يساوي كيلاً من در من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى، وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى. ولقائل أن يقول: قد تبين أن المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات، وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلاً لإثبات الشرط وذلك باطل. والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لإثباته ابتداء، وأما بطريق التعدية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين وهو اختيار الإمام المحق فخر الإسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك، لأن النص أوجب المماثلة في الأشياء الستة شرطاً فأثبتناه في غيرها تعدية فكان جائزاً، فإذا ثبت وجوب المماثلة شرطاً وهي بالكيل والجنس **(يظهر الفضل على ذلك، فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه)** أي في العقد قال **(ولا يعتبر الوصف)** يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره أن المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف، وتقرير الجواب: ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً، فإن استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا في المالية، والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لأن الناس لا يعدون ذلك إلا من باب اليسير، وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف **(أو لأن في اعتباره سد باب البياعات)** لأن الحنطة لا تكون مثلاً للحنطة من كل وجه، والمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات لأن في اعتبار

وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم، وما دون نصف الصاع فهو في حكم **الحفنة** لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه، ولو تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد لا **يجوز** عندنا لوجود القدر والجنس. وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية.

وبعير ببعيرين، وجوازه مجمع عليه إذا كان حالاً. فإن قيل: الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن. قلنا: إنما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها، وصون المال ظاهر منضبط، فإن المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها، غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفادياً عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين. وفي الأسرار: ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له قوله: **(وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه)** وهو القدر **(حلّ التفاضل والنساء)** كبيع الحنطة بالدراهم أو الثوب الهروي بهرويين إلى أجل والجوز بالبيض إلى أجل **(لعدم العلة المحرمة)** وعدم العلة وإن كان لا يوجب عدم الحكم، لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الأصلي، وإذا عدم سبب الحرمة **(والأصل في البيع)** مطلقاً **(الإباحة)** إلا ما أخرجه دليل من أصنافه كان الثابت الحل **(وإذا وجدا)** أي الجنس والمعنى المضموم إليه وهو القدر **(حرم التفاضل والنساء)** كالشعير بالشعير لا يجوز إلا مع التساوي والتقابض **(لوجود العلة)** المعرّفة للحكم على ما بينا **(وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم)** ثوباً **(هروياً في ثوب هروي)** في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم إليه من الكيل أو الوزن لا يجوز، وكذا إذا باع عبداً بعبد إلى أجل لوجود الجنسية، ولو باع العبد

الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات **(أو لقوله ﷺ «جيدها ورديئها سواء»)** قال **(والطعم والثمنية)** جواب عن جعله الطعم والثمنية علة للحرمة. وتقريره أن ذلك فاسد لأنهما يقتضيان خلاف ما أضيف إليهما لأنهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الإطلاق لشدة الحاجة دون التضييق، ألا ترى أن الحاجة إذا اشتدت أثرت في إباحة الحرم حالة الاضطرار فكيف تؤثر حرمة المباح، بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر إليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك، وعلى هذا فالأصل في هذه الأموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد، فلا تكون المساواة مخلصاً عن الحرمة **(وإذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الأصل من الجانبين نقول: إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل)** أي كيلاً بكيل أو وزناً بوزن قوله: **(جاز البيع)** لوجود المقتضى وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي، وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط، والجودة فلا يجوز بيع الجيد بالرديء إلا متماثلاً. قال: **(ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين)** أي ومما يترتب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين، لأن عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل، ولا كيل في الحفنة والحفنتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل، واستوضح ذلك بقوله **(ولهذا)** أي ولأن الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار الشرعي ولهذا **(كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف)** لا مثلها، فلو بقيت مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فإن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال دون القيم. وعند الشافعي رضي الله عنه لا يجوز لأن علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدت والملخص المساواة ولم توجد، وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوى، وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة، فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف صاع جاز البيع عندنا لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه. وأما إذا كان أحد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط، ومن ذلك ما **(إذا تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد فإنه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس، وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية. قال: فإذا عدم الوصفان)** إذا ثبت أن علة الحرمة شيئان، فإما أن يوجدا أو يعدما أو يوجد أحدهما دون الآخر، فالأول ما تقدم، والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة، وتحقيقه ما أشار إليه بقوله: **(والأصل فيه الإباحة)** يعني إذا كانت أصلاً وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر، والجنس يظهر عند عدمهما لا أن

قال **(وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حلّ التفاضل والنّساء)** لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة. وإذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة. وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حلّ التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هروياً في هروي أو حنطة في شعير، فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما. وقال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل، وحقيقة الفضل غير مانع فيه

بعبدين أو الهروي بهرويين حاضرا جاز **(أو حنطة في شعير)** في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوى، وكذا حديد في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في خبز ونحوه في زماننا لأنها وزنية **(فحرمة ربا الفضل بالوصفين)** جميعاً **(وحرمة النساء بأحدهما)** والنساء بالمد ليس غير **(وقال الشافعي رحمه الله: الجنس بانفراده لا يحرم نساء)** لأنه دليل عليه. وأيضاً دل الدليل على نفيه وهو ما روي عن ابن عمرو[١] رضي الله عنهما «أنه ﷺ جهز جيشاً فأمرني أن أشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل»[٢] وهذا. يكون سلماً. وعن ابن عمر: «أنه باع بعيراً بأربعة إلى أجل»[٣]. وعن عليّ رضي الله عنه أنه باع بعيراً يقال له عُصَيفِيراً بعشرين بعيراً إلى أجل»[٤]. والمعنى أن التأجيل في أحد البدلين يظهر التفاوت فيه حكماً، والتفاوت حقيقة أكثر تأثيراً منه حكماً، فإذا كان التفاوت حقيقة في هذه الأموال بأن باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع إذا كان حالاً اتفاقاً فالتفاوت حكماً أولى، وهذا معنى قول المصنف لأن بالنقدية إلى آخره **(ولنا أنه مال الربا نظرا إلى القدر أو الجنس و)** عرف أن **(النقدية أوجبت فضلاً في المالية)** حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالمؤجل **(فتتحقق)** بوجوده **(شبهة)** علة **(الربا)** فتثبت شبهة الربا **(وشبهة الربا مانعة كحقيقة الربا)** بالإجماع على منع بيع الأموال الربوية مجازفة وإن ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الرؤية وليس فيه إلا شبهة ثبوت الفضل، بل قالوا: لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهرا متساويين لم يجز عندنا أيضاً خلافاً لزفر، لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه ﷺ عن الربا

العدم يثبت شيئاً، فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء **(مثل يسلم هروياً في هروي أو حنطة في شعير، فحرمة الفضل بالوصفتين وحرمة النساء بأحدهما)** حتى لو باع عبداً بعبد إلى أجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز **(وقال الشافعي رحمه الله: الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل)** بالاتفاق **(وحقيقة الفضل غير**

قوله: **(وإن كان علة ذلك غير القدر الخ)** أقول: إذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص.

---

(١) وقع في الأصل: ابن عمر. وصوابه ما أثبته: ابن عمرو.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٣٥٧ والحاكم ٢/ ٥٦. ٥٧ والبيهقي ٥/ ٢٨٧ والدارقطني ٣/ ٦٩. ٧٠ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.
وكذا أحمد ٢/ ١٧١ قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. وسكت الذهبي! مع أن في إسناده: مسلم بن جبير لم يرو له مسلم. بل قال عنه الذهبي في الميزان: لا يدرى من هو. وقال عنه الحافظ في التقريب: مجهول. وفي الإسناد أيضاً: عمرو بن حريش. جاء في نصب الراية ٤/ ٤٧ ما ملخصه: قال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد. وعمرو بن حريش مجهول الحال ا هـ.
قلت: وله طريق آخر. فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ٦٩ والبيهقي ٥/ ٢٨٧. ٢٨٨ كلاهما من طريق ابن جريج أن عمرو بن شعيب أخبره عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص.
وهذا إسناد حسن وابن جريج صرح بالإخبار فزالت شبهة التدليس. فالحديث بمجموع طريقيه يصير حسناً إن شاء الله تعالى.
تنبيه: لفظ: إلى أجل. ليس من الحديث حيث لم يذكره أحد في كتب التخريج ولا ذكره الزيلعي. فلعل ابن الهمام فهمه من الحديث فهو تفسير منه، وسيأتي في السلم، ولم يذكر هذه الزيادة.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه الشافعي في مسنده ٢/ ١٦١ والبيهقي ٥/ ٢٨٨ كلاهما من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر. وهذا إسناد كالشمس وهو موقوف.

(٤) موقوف. أخرجه البيهقي ٥/ ٢٨٨ من طريق الشافعي عن الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب. وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: قال ابن الأثير في شرح مسند الشافعي هذا الحديث مرسل لأن الحسن لم يدرك جده علياً. وقد روى عبد الرزاق في مصنفه عن علي خلاف ذلك ا هـ.

حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى. ولنا أنه مال الربا من وجه نظراً إلى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلاً في المالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة، إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز، وإن

والريبة[١]، وكذا الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعوّل عليه في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما أخرجه الستة إلا البخاري من قوله في آخر الحديث «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد»[٢] فألزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة، وكذا ما تقدم من رواية أبي داود لقوله ﷺ: «ولا بأس ببيع البرّ بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد، وأما النسيئة فلا»[٣] وأخرج أبو داود أيضاً قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[٤] فقام دليلاً أن وجود أحد جزئي علة الربا علة لتحريم النَّساء ثم عللنا بأن فيه شبهة الربا: أعني الفضل. وإنما قلنا هذا لأن مقتضى ما ذكر من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضاً، لأن لشبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما،

مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين **(فالشبهة أولى)** قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة، فإن القدر عنده كذلك، فإنه يجوز إسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص، ويمكن أن يقال: إنما خصه بالذكر لأن الحكم وهو حرمة النساء إنما لم يوجد عنده في صورة الجنس، وأما في صورة القدر فقد يوجد، فإنه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير، وإن كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده. ولنا ما قال المصنف رحمه الله من أنه مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت أن في باب الربا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك، والشبهة إذا انفردت عن الحقيقة تحتاج إلى محل وعلة كالحقيقة، ولا

قوله: **(وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم، إلى قوله: لتحقق شبهة الربا الخ)** أقول: أنت خبير بأن الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لا حقيقة الفضل فينبغي أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لا شبهة الفضل، فلا يجوز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين، فما ذكره الشارح مغالطة لا يجدي شيئاً: ألا ترى إلى قول المصنف بعد سطور: فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها، إلى أن قال لتوهم الفضل فليتأمل قوله: **(وهو ما ذكرنا)** أقول: يعني قوله قبل تسعة أسطر تخميناً وهو قوله ما يجري فيها الربا النسيئة مال الربا من وجه الخ قوله: **(فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعاه عن ذلك)** أقول: إذا تعارض المحرم والمبيح فالترجيح

---

(١) نهيه ﷺ عن الربا في حديث ابن مسعود: لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله. أخرجه مسلم ١٥٩٧ وأبو داود ٣٣٣٣ والترمذي ١٢٠٦ وابن ماجه ٢٢٧٧ وأحمد ١/ ٤٠٩ والطيالسي ١٣٥١ وأبو يعلى ٤٩٨١، وحديث الريبة: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك. أخرجه النسائي ٨/ ٣٢٧ والدارمي ٢/ ٢٤٥ والترمذي ٢٥١٨ والطيالسي ١١٧٨ والحاكم ٢/ ١٣ من حديث الحسن وصححه ووافقه الذهبي وهو كما قالا.

(٢) حديث عبادة تقدم في أول هذا الباب.

(٣) رواية أبي داود هذه أيضاً تقدم تخريجها.

(٤) حسن أخرجه أبو دادو ٣٣٥٦ والترمذي ١٢٣٧ والنسائي ٧/ ٢٩٢ وابن ماجه ٢٢٧٠ والدارمي ٢/ ٢٥٤ والطحاوي في المعاني ٤/ ٦٠. ٦١ والبيهقي ٥/ ٢٨٨ والطبراني في الكبير ٦٨٤٧ و ٦٨٤٨ و ٦٨٤٩ و ٦٨٥٠ و ٦٨٥١ من طرق كلهم عن الحسن عن سَمُرَةَ مرفوعاً.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٨ عن البيهقي في المعرفة قال: قال الشافعي: هذا الحديث غير ثابت. وقال البيهقي: أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة في غير حديث العقيقة ا هـ.

قلت: قد توبع الحسن على سمرة فقد أخرجه عبد الله بن أحمد في زوائد المسند ٥/ ٩٩ والطبراني ٢٠٥٧ عن جابر بن سمرة وفيه ضعف كما في المجمع ٤/ ١٠٥ وله شواهد. فقد أخرجه ابن حبان ٥٠٢٨ وعبد الرزاق ١٤١٣٣ وابن الجارود ٦١٠ والطبراني في الكبير ١١٩٩٦ والطحاوي ٤/ ٦٠ كلهم عن عكرمة عن ابن عباس بمثل حديث سمرة. وإسناده صحيح على شرط مسلم.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٨ عن البزار أنه قال بعد أن رواه: ليس في الباب أَجَلُّ إسناداً من هذا وقال البيهقي: الصحيح عن عكرمة مرسلاً كذا رواه غير واحد. قال الزيلعي: وروي أيضاً مسنداً من أكثر من وجه ا هـ. ورواه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ١٠٥ من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: فيه محمد بن دينار وثقه ابن حبان وغيره وضعفه يحيى بن معين ا هـ.

قلت: فهذا الحديث بهذه الطرق والشواهد لا ينزل عن درجة الحسن والله أعلم.

جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن، فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين، ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز، فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة.

ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين[1] لأنه محرم وذلك مبيح، أو يجمع بينهما بأن ذلك كان قبل تحريم الربا. ولما كان مقتضى ما ذكر أن لا يجوز إسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالإجماع. أجاب بالفرق بأن الوزن في النقود وفي تلك الأموال مختلف، فإنه في النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات، وفي الزعفران بالأمناء والقبان، وهذا اختلاف في الصورة بينهما، وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين، وآخر حكمي، وهو أنه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن، وتفسيره لو اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له أن يتصرف فيها قبل وزنها ثانياً، وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن في مثله **(فإذا اختلفا)** أي النقد والزعفران ونحوه قوله: **(فيه)** أي في الوزن **(صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه**

يجوز أن يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها وإلا لكانت حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة، وما يجري فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه نظراً إلى أن القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير أو الجنس كالهروي مع الهروي أذا كان أحدهما نقداً والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلاً في المالية، فتتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة، وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما قيل إن كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجبت فضلاً شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقاً أو في محل الحقيقة، والأول ممنوع والثاني مسلم، لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك. والجواب عن الأولى أن الشبهة الأولى في المحل والثانية في الحكم. وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبه العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لا شبهة الشبهة. وعن الثاني أن القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا، كما أن الحقيقة مانعة في محلها إذا وجدت العلة بكمالها. فإن قيل: ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالأحاديث التي تدل على كل واحد منهما، كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أن النبي ﷺ جهز جيشاً فأمرني أن أشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل» للشافعي رحمه الله، وبما روى أبو داود في السنن عن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة» لنا. فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعاه عن ذلك. فإن قيل: إجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب. فالجواب أن الخصم إن سلم الإجماع فله أن يقول إنهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها. وقوله: **(إلا أنه إذا أسلم)** استثناء من قوله فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء فإن ذلك يقتضي عدم إسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن

للمحرم احتياطاً على ما فصل في كتب الأصول، وهذا يكفي في الاستدلال لنا، والشافعية يستدلون بما يروى عن عبد الله كما لا يخفى على من نظر في كتبهم قوله: **(فإن قيل: إجماع الصحابة على حرمة النساء)** أقول: قوله إجماع الصحابة مبتدأ، وقوله على حرمة النساء خبره.

قوله: **(وأما الثاني فلأن الزعفران مثمن الخ)** أقول: لا يظهر كون هذا اختلافاً في معنى الوزن، بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزونين قوله: **(لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي)** أقول: لا يخفى عليك أن نفي اشتراك معنى الوزن مما ينفيه البديهة.

---

(١) مراده حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وقد تقدم قبل ستة أحاديث.

قال: (وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبدا، وإن ترك الناس الكيل فيه

فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكماً نشر مرتب بعد اللفّ، ولا يخفى أن التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن، وليس الاختلاف باعتباره اختلافاً في معنى الوزن، وكذا الأول فإن الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضاً، وكذا الأخير، بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك. وقوله وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز إن أراد أنه بعد ما اتزنه من بائعه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع، بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع أن يزنه الآخر ليسلمه إليه ليصح تصرف الآخر فيه، وكذا نقول في الدراهم إذا قبضها، وأما أن يقال إذا بالدراهم حتى كانت ثمناً أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها، بخلاف الزعفران لأنه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه، بخلاف المبيع، وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن. وإذا ضعف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده إلى السمع كما ذكرنا، ويلحق به تأثير الكيل الوزن بانفراده ثم يستثنى إسلام النقود في الموزونات بالإجماع كي لا يفسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن تسلم في الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك، إلا إذا خرج من أن يكون وزنياً بالصنعة إلا في الذهب والفضة؛ فلو أسلم سيفاً فيما يوزن جاز إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس، وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين بمثله من جنسه يداً بيد نحاساً كان أو حديداً وإن كان أحدهما أثقل من الآخر، بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيه ربا الفضل وإن كانت لا تباع وزناً لأن صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة. وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ إسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن. أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلماً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية، وهل يجوز بيعاً؟ قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز بيعاً بثمن مؤجل، وإن كان بلفظ المسلم فقد قيل لا يجوز. وقال الطحاوي: ينبغي أن ينعقد بيعاً بثمن مؤجل، هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود؛ فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي. وقال مالك: جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لأن اسم الطعام يقع عليهما. قلنا: بل جنسان لأنهما مختلفان اسماً ومعنى، وإفراد كل عن الآخر في قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير» يدل على أنهما جنسان، وإلا قال الطعام بالطعام، وكون اسم الأعم يصح إطلاقه على الأخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلاً كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالإنسان والفرس، ولم يلزم من ذلك أن يكون جنساً واحداً بالمعنى الفقهي، والثوب الهروي والمزوي وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثواب بها، وكذا المزوي المنسوج ببغداد وخراسان واللد الأرمني والطالقاني جنسان، والتمر كله جنس واحد، والحديد والرصاص والشبه أجناس، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والألية واللحم وشحم البطن أجناس، ودهن البنفسج والخيري جنسان، والأدهان المختلفة أصولها أجناس، ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة قوله: **(وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبداً، وإن ترك الناس الكيل فيه)** حتى لا يجوز بيعه وزناً وإن تماثلا في الوزن إلا أن علم أنهما متماثلان في الكيل أيضاً **(وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون**

كإسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد، لأنه وإن جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه. أما الأول فلأن الزعفران يوزن بالأمناء والنقود بالصنجات وهي معربة سنك ترزون. ونقل عن الفراء أن السين أفصح، ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين. وأما الثاني فلأن الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين. وأما الثالث فلأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار إليه على أنه عشرة

مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبداً، وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأدنى **(ما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس)** لأنها دلالة. وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك

أبداً مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف) لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع والسرج إلى المقابر لليالي العيد، والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل، ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط، والنص حجة على الكل فهو أقوى، ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[1].

وفي المجتبى: ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزوناً متساوياً لا يجوز **(وما لم ينص عليه رسول الله ﷺ فهو محمول على عادات الناس)** في الأسواق **(لأنها)** أي العادة **(دلالة)** على الجواز فيما وقعت عليه لقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً»[2] الحديث، ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص، وزاد الشافعي أن ما كان مستخرجاً من أصل فهو ملحق به لأنه تبع له كالدقيق **(وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك)** الكيل في الشيء أو الوزن فيه ما كان في ذاك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك بذلك **(وقد تبدلت)** فتبدل الحكم. وأجيب بأن تقريره ﷺ إياهم على ما تعارفوا[3] من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يعتبر بالعرف لأن العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفاً، كذا وجه. ولا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف لأن قصاراه أنه كنصه على ذلك وهو يقول: يصار إلى العرف الطارىء بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص، حتى لو كان ﷺ حياً لنص عليه على وزان ما ذكرنا في سنية التراويح، مع أنه ﷺ لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك، لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة، لأنا أمنا من بعده النسخ فحكمنا بالسنية، فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها إلى عادة أخرى تغير النص، والله أعلم **(فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً والذهب بجنسه متماثلاً كيلا لا يجوز عندهما)** أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله **(وإن تعارفوا ذلك لتوهم**

دنانير مثلاً فقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن. ولو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلاً وقبله المشتري ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن **(وإذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة)** فإن الموزونين إذا اتفقا فالمنع للشبهة، فإذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة **(وهي غير معتبرة)** لا يقال: لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ للاشتراك اللفظي ليس إلا، وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة. وفي عبارة المصنف رحمه الله

قال المصنف: **(وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ)** أقول: استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنياً على هذه الرواية.

---

(١) موقوف حسن. أخرجه الطيالسي ٢٤٦ وأحمد في كتاب السنة، وكذا البزار، والطبراني كما في المقاصد الحسنة ٩٥٩ كلهم عن ابن مسعود قال: إن الله عز وجل نظر في قلوب العباد، فاختار محمداً ﷺ، فبعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد، فاختار له أصحاباً، فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه، فما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح.
وقال السخاوي: هذا موقوف حسن.

(٢) تقدم أنه غير مرفوع. ولم يذكر أحد أنه مرفوع.

(٣) مراده ما تعارف عليه الناس في أيامه ﷺ هو أن الذهب، والفضة يباع وزناً. وأن الحنطة، والشعير، ونحوهما يُباع كيلاً. وعلى هذا قرّرهم. وانظر كلام صاحب الهداية يدلك على هذا المعنى.

لمكان العادة فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً، أو الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما، وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه، كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً لوجود الإسلام في معلوم.

قال: **(وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني)** معناه ما يباع بالأواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزناً، بخلاف سائر المكاييل، وإذا كان موزوناً فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة.

الفضل في أحدهما) وقوله **(إلا أنه إلى آخره)** استثناء على قولهما من قوله فهو مكيل أبداً: أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبداً فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزناً فاستثناه وقال: يجوز ذلك لأن المصحح فيه كون المسلم فيه معلوماً على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن، بخلاف بيعها بجنسها فإن المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين، فما لم يكن ذلك المسوى التحق بالجزاف فلا يجوز، وهذا مختار الطحاوي. وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا يجوز لأنها مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين. والفتوى على الأول وقد عرفت الفرق. وقوله في الكافي: الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا فأسلم وزناً لا يجوز ولا ينبغي ذلك، بل إذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع، وفي جمع التفاريق روى عنهما جواز السلم وزناً في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا أنه يجوز، وكذا أطلقه الطحاوي فقال: لا بأس بالسلم في المكيل وزناً وفي الموزون كيلا، هذا الذي ذكره فرق بين الكيليّ نصاً الوزني عادة وقلبه، فأما الوزني نصاً وعادة كما في إناءين من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزناً من الآخر؛ ففي الإناءين من غير النقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا كانت العادة أن لا يباعان وزناً لأنه عددي متقارب، وفي أواني الذهب والفضة لا يجوز. فإنه يجري فيهما ربا الفضل، وإن كانت لا تباع وزناً في العادة فإن الوزن في الذهب والفضة نصوص عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة، وأما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أيضاً من أن يكون موزوناً بالعرف قوله: **(وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني)** هذا في التحقيق تفسير لبعض ألفاظ ربما ينسب إليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتهر فيها أنها اسم يرجع إلى الوزن كما اشتهر في المنّ والقنطار أو إلى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدرى أهذه الأسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزن على المبيع أو المكيل فيجري عليه حكم الكيلي وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والأوقية،

تسامح، فإنه قال: فإذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة، ولهذا قال شمس الأئمة: بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكماً، إلا إذا حمل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال في أول التعليل في صفة الوزن فذاك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الأئمة. وقال العراقيون في وجه ذلك: إنما جاز لأن الشرع رخص في السلم والأصل في رأس المال هو النقود، فلو لم يجوز لوجود أحد الوصفين لا نسد باب السلم في الموزونات على ما هو الأصل والغالب، فأثر شرع الرخصة في التجويز، وهذا ظاهر من الفرق. قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به قال: **(وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا)** كالحنطة والشعير والتمر والملح **(فهو مكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل فيه وكل ما نص على التحريم فيه وزناً)** كالذهب والفضة **(فهو موزون أبداً)** لأن النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف، والعرف ليس بحجة إلا على من تعارف به، والأقوى لا يترك بالأدنى **(وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها)** أي عادات الناس **(دلالة)** على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» **(وعن أبي يوسف رحمه الله اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك)** أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان للعادة فيه، فكان المنظور إليه هو العادة

قال: **(وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)** لقوله عليه الصلاة

فأفاد أن المنسوب إليها من البيعات وزني فيجري عليه ذلك، فلو بيع ما ينسب إلى الرطل والأوقية كيلاً بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلاً ولا يعرف وزن ما يحلهما لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف. ولو تبايعا كيلاً متفاضلاً وهما متساويا الوزن صح، وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزناً لإفادة أنه لو ظهر تساويهما وزناً يجوز، فإنا قدمنا أن أموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافاً لزفر، وقول الشافعي كقولنا، بل لإفادة أنه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما إليه من الكيل والوزن كان جائزاً. ثم الرطل والأوقية مختلف فيها عرف الأمصار، ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات، فالرطل الآن بالإسكندرية وزن ثلاثمائة درهم واثنا عشر درهماً بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل، وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهماً، وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله، وفي حلب أكثر من ذلك، وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات، ثم في الإسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان، ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة، وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر أوقية، وربما كان في غيرها عشرين أوقية، وحينئذ لا يشكل اختلاف كمية الأوقية باختلاف الرطل. وفي زمنه ﷺ كانت أربعين درهماً ثم الأوقية مثلاً اثنا عشر كما ذكرنا، وفي نحو المسك والزعفران عشرة. والحاصل أن هذه الأسماء مع اسماء أخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها فيعرف الحال. وقوله بمكيال لا يعرف وزنه إلى آخره عرف تقريره قوله: **(وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان)** ذهباً وفضة بجنسه أو بغير جنسه، فإن كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الأبدان، وإن اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف ومشيا فرسخاً ثم تقابضا وافترقا صح وأن لا يكون به خيار، وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر، وهو مستدرك لأن اشتراط التقابض يفيده. ولو أسقط الخيار والأجل في المجلس عاد صحيحاً خلافاً لزفر، وإن كان بخلاف جنسه كالذهب والفضة اشترط ما سوى التساوي. واستدل على اشتراط التقابض بقوله ﷺ: «الفضة بالفضة ربا إلا هاء وهاء»[1]

في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك **(وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساوياً وزناً أو ذهباً بجنسه متماثلاً كيلا)** جاز عنده إذا تعارفوا ذلك، ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن تعارفوه لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة، لكن يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً على ما اختاره الطحاوي لوجود الإسلام في معلوم، فإن المماثلة ليست بمعتبرة فيه، إنما المعتبر هو الإعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم، وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن، وذكر في التتمة أنه ذكر في المجرد عن أصحابنا أنه لا يجوز فكان في المسألة روايتان. قال المصنف **(وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضاً، لأن النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت)** أقول: استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنياً على هذه الرواية. قال: **(وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني)** الرطل بالكسر والفتح نصف منّ، والأواقي جمع أوقية كأثفية وإثاف. قيل هي وزن سبعة مثاقيل: وذكر في الصحاح أنه أربعون درهماً، والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان، وكل ما يباع بالأواقي فهو وزني لأنها قدرت بطريق الوزن، إذ تعديلها إنما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالأواقي وزناً، بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لأنها قدرت: يعني أن سائر المكاييل لو تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار، وعلى هذا إذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة، ولو كان المبيع مكيلاً جاز. وإنما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لأنه إذا عرف وزنه جاز. قال في المبسوط: وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون، ثم قال: يريد به الأدهان ونحوها لأن الرطل إنما يعدل بالوزن إلا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالأمناء والسنجات في

---

(١) هو الآتي.

والسلام «والفضة بالفضة هاء وهاء» معناه يداً بيد، وسنبين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى.

قال: (**وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافاً للشافعي في بيع الطعام**). له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف «يداً بيد» ولأنه إذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا. ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من

وروى ابن أبي شيبة من حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبرّ بالبرّ ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»[1] ورواه أصحاب الكتب الستة: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبرّ بالبرّ ربا»[2] إلى آخره، وهاء ممدود من هاء وألف وهمزة بوزن هاع مبنى على الفتح، ومعناه خذ وهات: يعني هو ربا إلا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ، ومنه: ﴿هاؤم اقرءوا كتابيه﴾ [الحاقة: ١٩] وفسره بأنه يعني يداً بيد في الحديث المتقدم ثم قال: (**وما سواه**) أي ما سوى عقد الصرف (**مما فيه الربا**) من بيع الأموال الربوية بجنسها، أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض، فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا (**خلافاً للشافعي في بيع الطعام**) أي كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقابض لقوله ﷺ: «يداً بيد»[3] ولأنه حينئذ يقع التعاقب في القبض وللنقد

كل وقت لأنه لا يستمسك إلا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج، فاتخذ الرطل في ذلك تيسيراً، فعرفنا أن كل الرطل بيع موزون فجاز بيع الموزون به، والإسلام فيه بذكر الوزن. قال: (**وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان الخ**) عقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس. قوله: (**يعتبر فيه**) خبر ثان لقوله عقد الصرف؛ ومعنى يعتبر يجب لقوله ﷺ: (**الفضة بالفضة هاء وهاء**) معناه يداً بيد، وقد تقدم دلالته على الوجوب. وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ: أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان، وفسره بقوله يداً بيد جراً إلى إفادة معنى التعيين كما نبين (**وما سوى جنس الأثمان**) من الربويات (**يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافاً للشافعي في بيع الطعام**) أي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كرّ حنطة بكرّ حنطة أو بغير جنسه ككرّ حنطة بشعير أو تمر، فإنه إذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله ﷺ في الحديث المعروف «يداً بيد» والمراد به القبض لأن القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية، وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية. فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (**ولنا أنه مبيع متعين**) لأنه يتعين بالتعيين، وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها، وهذا أي عدم اشتراط

قال المصنف: (**لقوله عليه الصلاة والسلام: «الفضة بالفضة هاء وهاء»**) أقول: قال الإتقاني: قال المطرزي: هاء بوزن هاع بمعنى خذ، منه، قوله تعالى: ﴿هاؤم اقرءوا كتابيه﴾ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان والقصر خطأ انتهى، وفي شرح مسلم النووي فيه لغتان المد والقصر، والمد أفصح وأشهر وأصله هناك فأبدلت الهمزة من الكاف، ثم قال: وغلط الخطائي وغيره من المحدثين في رواية القصر وقالوا: الصواب المد والفتح وليست بغلط هي صحيحة كما ذكرنا وإن كانت قليلة قوله: (**وقد تقدم دلالته على الوجوب**) أقول: في أوائل هذا الباب وهو قوله فإن قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح. أجيب بأن الوجوب مصروف إلى لصفة قوله: (**وهاء ممدود عن وزن هاع ومعناه خذ**) أقول: فمعنى الحديث والله تعالى أعلم: بيعوا الفضة بالفضة قائلاً كل منكم لصاحبه هاء وهاء، وفيه بحث، بل المعنى متقائلين هاء وهاء قوله: (**أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ**) أقول: لو صح هذا التفسير يلزم

---

(١) صوابه: من حديث عمر. انظر المصنف لابن أبي شيبة ٧/ ٩٩. ١٠٠. وانظر الحديث الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٣٤ و ٢١٧٠ و ٢١٧٤ ومسلم ١٥٨٦ وأبو داود ٣٣٤٨ والترمذي ١٢٤٣ والنسائي ٧/ ٢٧٣ وابن ماجه ٢٢٥٩ و ٢٢٦٠ وابن الجارود ٦٥١ ومالك ٢/ ٦٣٦. ٦٣٧ والشافعي ٢/ ١٥٥. ١٥٦ وعبد الرزاق ١٤٥٤١ والحميدي ١٢ وأحمد ١/ ٢٤. ٣٥. ٤٥ وابن حبان ٥٠١٣ و ٥٠١٩ والدارمي ٢/ ٢٥٨ والبيهقي ٥/ ٢٨٣. ٢٨٤ والبغوي ٢٠٥٧ من طرق كلهم عن عمر بن الخطاب مرفوعاً وتمامه: إلا هاءَ وهاء، والتمر بالتمر رباً إلا هاءَ وهاء، والشعير بالشعير رباً إلا هاءَ وهاء. وله قصّة ستأتي بعد قليل حيث ذكرها ابن الهمام. فهذه رواية الجماعة. وقد أشار البيهقي إلى رواية ابن أبي شيبة المتقدمة عقب روايته للحديث الذي رواه الجماعة، وكأنه أشار إلى رواية ابن أبي شيبة. حيث قال: ورواية الجماعة كما مضى ا هـ. البيهقي ٥/ ٢٨٤.

(٣) هو بعض حديث أبي سعيد وعبادة وغيرهما وتقدم في أول الباب.

التصرف ويترتب ذلك على التعيين، بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به؛ ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام «يداً بيد» عيناً بعين، وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً، بخلاف النقد والمؤجل.

مزية فيكون كالمؤجل إذ يحصل التفاوت في البدلين **(ولنا أنه بيع متعين فلا يشترط في)** صحة بيعه **(القبض كالثوب)** بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض، بخلاف الصرف لأن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض، فإن الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد إلا بالقبض. قال: ومعنى قوله: **(يداً بيد عيناً بعين)** وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت: «يداً بيد» وله رواية أخرى عند مسلم «عيناً بعين» ولفظه في مسلم «سمعت رسول الله ﷺ ينهي عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبرّ بالبرّ والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى»[1] وفيه قصة، وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع، بل هذا القدر مهدر لا يعد زيادة ما لم يذكر الأجل. وقد استشكل بأنه استدل بيداً بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف، ثم استدل به هنا على أن الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميماً للمشترك أو للحقيقة في المجاز.

القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد إنما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض. فإن قيل: لو كان كذلك لم وجب القبض في الصرف. أجاب بقوله بخلاف الصرف، فإن القبض فيه يتعين به فإن النقود لا تتعين في العقود. قوله: **(ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام)** جواب عن استدلال الخصم بالحديث، فإنه إذا كان معناه عيناً بعين لم يبق دليلاً له على القبض، والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه «عيناً بعين». ووجه الدلالة أن اشتراط التعيين والقبض جميعاً المدلول عليهما بالروايتين منتف بالإجماع المركب، أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما على الآخر. قوله: **(يدا بيد)** يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آلته كما تقدم، وأن يكون التعيين لأنه إنما يكون بالإشارة باليد وقوله: **(عيناً بعين)** محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم، ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يداً بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام. لأنا نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض، لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في المحالّ كلها، لكن تعيين كل شيء بحسبه. ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إناء ذهب بيع بإناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين، فإن الإناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط. وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان ثمناً خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين، والشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض دفعاً لها. واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم في أن الأثمان تتعين، وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزماً. والجواب أنه ذكره بطريق المبادي ها هنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه قوله: **(وتعاقب القبض)** جواب عن قوله ولأنه إذا لم يقبض في المجلس ووجهه المانع تعاقب يعد تفاوتاً في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل، وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد أن يكون حالاً معيناً.

أن يكون القبض شرطاً في غير الأثمان أيضاً، إذ لفظ هاء وهاء مذكور في الحنطة والشعير بالشعير فليتأمل قوله: **(المدلول عليهما)** أقول: يعني ظاهراً قوله: **(وأما عنده فبالعكس)** أقول: فيه بحث، فإن القبض إذا كان شرطاً عنده يكون التعيين أيضاً كذلك، إذ لا يوجد القبض إلا وأن يوجد التعيين. فإن قيل: مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث. قلنا: انتفاؤه أيضاً ممنوع عنده قوله: **(ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك الخ)** أقول: لا يقال فيه بحث، فإن عموم المشترك إرادة كلا معنيي المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنا لا نسلم أن ما نحن فيه ليس كذلك: ألا يرى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالعشير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد» الحديث على ما ذكر في الكتب المبسوطة.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٨٧ من حديث عبادة بهذا اللفظ وله قصة. وتقدم تخريجه في أول الباب بألفاظ أخرى.

قال: (**ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين**) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا. والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر. قال: (**ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما**) عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما، وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين. ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية

والجواب أنه فسر هاء وهاء بيدا بيد، وفسر يداً بيد بالتعيين لرواية عيناً بعين، واستدلاله به على التقابض في الصرف لا ينفيه لأن الاستدلال به هناك إنما هو على التعيين أيضاً، لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا إنها لا تتعين إلا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالاً عليه، لكن ينبغي أن يقال حمل يداً بيد على معنى عيناً بعين ليس أولى من قلبه. وأجيب عنه بأن رواية عيناً بعين تفسير للمحتمل، لأن يداً بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له. ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عيناً بعين فائدة لأنه يحصل بالقبض ضرورة فلزم أن عيناً بعين تفسيراً ليداً بيد. ولقائل أن يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض. ويجب أن يحمل عيناً بعين عليه لأن القبض أخص من التعيين، وكل قبض يتضمن تعييناً وليس كل تعيين قبضاً، وباب الربا باب احتياط فيجب أن تحمل العينية على القبض، ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين: أن مالك بن أوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفاً بمائة دينار، فأخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك، فقال: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبرّ بالبرّ ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالعشير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»[1] وبهذا استدل ابن الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة رضي الله عنه، وكيف ومعنى هاء خذ وهو من أسماء الأفعال ومنه: ﴿هاؤم اقرءوا كتابيه﴾ وقال قائل:

تمزج لي من بغضها السقاء ... ثم تقول من بعيد هاء

وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بأن الاسم ينبىء هناك عن صرف كل إلى الآخر ما في يده والمعاني الفقهية تعطف على الأسماء الشرعية، وليس في الفرع ذلك إلا أنه لا حاجة له إليه لأن الدليل السمعي على الوجه الذي قررناه يستقل بمطلوبه قوله: (**ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين**)

قال (**ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ**) بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلاً جائز إن كانا موجودين لانعدام المعيار، وإن كان أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء. فإن قيل: الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالاً في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين؟ أجيب بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك في حقهم وهو ضمان العدوان. وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغراً وكبراً. وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر. قال: (**ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما الخ**) بيع الفلس بجنسه متفاضلاً على أوجه أربعة: بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما. وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما. وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما. وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما. والكل فاسد سوى الوجه الرابع. أما الأول فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على إهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلاً خالياً عن العوض مشروطاً في العقد وهو الربا. وأما الثاني فلأنه لو جاز أمسك البائع الفلس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض. وأما الثالث فلأنه لو جاز قبض البائع للفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض. وأما الوجه

قال المصنف: (**ويجوز بيع الفلس بالفلس بأعيانهما**) أقول: الضمير راجع إلى البدلين قوله: (**أما الأول فلأن الفلوس**) أقول: ولأنه كالىء بكالىء.

---

(١) أخرجه الجماعة من حديث عمر. وتقدم قبل حديثين.

للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزناً لبقاء الاصطلاح على العدّ إذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة، وبخلاف ما إذا كانا بغير

إلى آخره ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر، غير أن ذلك كله مشروط بكونه يداً بيد، أو هي من مسائل الجامع الصغير. صورتها فيه: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمرة بتمرتين يداً بيد جاز إذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما ديناً. وصوره أربع: أن يبيع فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لا يجوز لأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط الجودة منها فيكون أحدهما فضلاً خالياً مشروطاً في العقد وهو الربا. وأن يبيع فلساً بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز، وإلا أمسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر. أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيرجع إليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خالياً عن العوض. وكذا لو باع فلسين بأعيانهما بفلس بغير عينه، لأنه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع إليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلاً بلا عوض استحق بعقد البيع، وهذا على تقدير إن رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن. والرابع أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافاً لمحمد. وأصله أن الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجاً عند محمد، وعندهما يتعين، حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد. وجه قول محمد أن الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين

الرابع فجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز لأن الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل، وما يثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت أثماناً وهي لا تتعين بالاتفاق، فلا فرق بينه وبين ما إذا كان بغير أعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين. وبهذا يتبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها، كما إذا اشترى ثوباً بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة **(ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية لغيرهما عليهما)** وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل اصطلاحهما كذلك. واعترض عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما. وأجيب بأن الأصل في الفلوس أن تكون عروضاً، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل، فلا يجوز أن تكون ثمناً باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل. وأما إذا اصطلحا على كونهما عروضاً كان ذلك على وفاق الأصل فكان جائزاً وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية، وفيه نظر لأنه ينافي قوله إن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما. ويمكن أن يقال: معناه أن الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما، أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية، وإذا بطلت الثمنية فلعودها عروضاً تتعين بالتعيين. فإن قيل: إذا عادت عرضاً عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين ومن بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز. أجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود وزنياً لأنهما بالإقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين أعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعا إلى الوزن ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدوداً، واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله إذ في نقضه: يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد، وفيه نظر لأنه مدعي الخصم ولو ضم إلى ذلك والأصل حمله على الصحة كان له أن يقول الأصل حمل العقد عليها مطلقاً أو في غير الربويات، والأول ممنوع والثاني لا يفيد قوله: **(فصار كالجوزة بالجوزتين)** بيان لانفكاك العددية عن الثمنية. وقوله **(بخلاف النقود)** جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لأنها للثمنية خلقة لا اصطلاحاً فلا تبطل باصطلاحهما. وقوله: **(وبخلاف)** جواب عما يقال كما إذا كان بغير أعيانهما فإن ذلك لم يجز لكونه كالئاً بكالىء: أي نسيئة بنسيئة وهو منهى عنه قوله: **(وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه)** جواب عن القسمين

قوله: **(واستدل على بقاء الاصطلاح الخ)** أقول: لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند قوله: **(والأول ممنوع الخ)** أقول: الظاهر أنه لا مجال للمنع، فإن الأصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها حملاً لأمور المسلمين على الصلاح وتحسيناً للظن بهم، ولا يخفى عليك إمكان حمله عليها هنا فإن الوزن ليس منصوصاً عليه في النحاس،

أعيانهما لأنه كالىء بالكالىء وقد نهى عنه، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء.

فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين. ولهما أن ثمنيتها في حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما، وإذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضاً. اعترض عليه بأن الفلوس إذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تصير عروضاً باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها. أجيب بأن الفلوس في الأصل عروض، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الأصل فلا يجوز أن تصير ثمناً باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الأصل وخلاف الناس. وأما إذا اصطلحا على كونها عروضاً فهو على الأصل فيجوز وإن كان من سواهما على الثمينة. وقوله ولا يعود وزنياً وإن صار عروضاً جواب عما يقال يلزم أن لا يجوز بيع فلس بفلسين لأنه حينئذ بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن. فأجاب بأن الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية، واصطلاحهما على إهدار ثمنيتها لا يستلزم إهدار العددية، فإنه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض، بخلاف الدرهم بالدرهمين لأن النقود للثمنية خلقة، وبخلاف ما إذا كانا بغير عينهما لأنه بيع الكالىء بالكالىء وقد نهي عنه، ولا يخفى ضعف قوله لأن الجنس بانفراده يحرم النساء، وإنما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك؛ ألا ترى أن البيع بالنقود بيع بما ليس بمعين ويكون في ذلك حالاً فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء، والكالىء بالكالىء قال أبو عبيدة: هو النسيئة بالنسيئة. وفي الفائق: كلأ الدين بالرفع كلأ فهو كالىء إذا تأخر. قال الشاعر:

وعينه كالكالىء الضمار

يهجو رجلاً يريد بعينه عطيته الحاضرة كالمتأخر الذي لا يرجى، ومنه كلأ الله بك أكلأ العمر: أي أكثره تأخيراً، وتكلأت كلأ: أي استنسأت نسيئة. وحديث النهي عن الكالىء بالكالىء رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يباع كالىء بكالىء»[1] وضعفه أحمد بن حنبل بموسى بن عبيدة فقيل له إن شعبة يروى عنه،

الباقيين، لأن عدم الجواز ثمة باعتبار أن الجنس بانفراده يحرم النساء. قال **(ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق)** بيع الحنطة بالدقيق

والمتعارف في المسكوك مشترك تارة يكون بالعد وتارة بالوزن فليتأمل قال المصنف: **(لأنه كالىء بالكالىء وقد نهى عنه)** أقول: روي عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن الكالىء بالكالىء». قال أبو عبيدة: هو النسيئة بالنسيئة. وقال صاحب الفائق: كلأ الدين كلوءاً فهو كالىء: إذا تأخر، ومنه كلأ الله بك أكلأ العمر: أي أطوله وأشده تأخراً، وكلأته: أي أنشأته، وكلأت في الطعام: أي أسلفت.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في المطالب العالية ١٣٣٥ والبزار كما في المجمع ٤/ ٨٠. ٨١ والطحاوي في المشكل ١/ ٣٤٦ والبيهقي ٥/ ٢٩٠ كلهم من حديث ابن عمر ومداره على موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار.

قال الهيثمي: بقوله فيه موسى بن عبيدة، وهو ضعيف. وأخرجه الحاكم ٢/ ٥٧ والدارقطني ٣/ ٧٢. ٧٣ كلاهما من حديث موسى بن عقبة عن ابن دينار عن ابن عمر. ومن حديث موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر. وصحيح الحاكم الطريق الأول فقال: صحيح على شرط مسلم! وسكت الذهبي!. وأما الطريق الثاني فتعقبه الذهبي بقوله: ذؤيب بن عمامة ضعيف ا هـ.

وأما البيهقي فقال: الصواب في كلا الإسنادين موسى بن عبيدة الربذي وقد قال شيخنا الحاكم: عن موسى بن عقبة. وهو خطأ والعجيب من الدارقطني شيخ عصره وقع له ذلك في كتاب السنن ثم أسنده البيهقي من طرق كثيرة عن ابن دينار وعن نافع وعن غيرهما. لكن الراوي عنهم إنما هو موسى بن عبيدة الربذي. وقال: الحديث مشهور بموسى الربذي اهـ. ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٠ كلام البيهقي باختصار ووافقه.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٧: في إسناده موسى بن عبيدة متروك ووقع في رواية الدارقطني: موسى بن عقبة. وهو غلط. واغتر الحاكم بذلك، فصحّح الحديث، وتعقبه البيهقي. وتابعه إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي على ابن دينار. رواه عبد الرزاق. وفي الباب عن رافع بن خديج ا هـ. وقال الزيلعي عن رواية عبد الرزاق: هو معلول بالأسلمي ا هـ.

قال: **(ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق)** لأن المجانسة باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل، لكن الكيل غير مسوّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل **(ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلا)** لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة

فقال: لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه. ورواه عبد الرزاق عن إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالأسلمي. ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عتبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم، وغلطهما البيهقي وقال: إنما هو موسى بن عبيدة الزبذي. ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالىء بكالىء[1]. والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك قوله: **(ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق)** أي دقيقها بوجه من الوجوه **(ولا بالسويق)** أي سويق الحنطة. أما سويق الشعير فيجوز لأن غاية ما يستلزم شبهة التفاضل، وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلاً عن شبهته، وإنما امتنع لأن المجانسة بين الحنطة ودقيقها وإن انتفت اسماً وصورة ومعنى موجودة فإن المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة وإخراج النشا منتف في الدقيق فهي باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة، وإنما لم يقل أجزاؤها لأن من أجزائها النخالة أيضاً فالحنطة كسرت على أجزاء صغار، وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل، والكيل لا يوجب التسوية بينهما لأن بعارض ذلك التكسير صارت أجزاؤها مكتنزة **(فيه)** أي في الكيل: أي مضمنة انضماماً شديداً، والقمح في الكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلاً بل هو محتمل، فصار بيع أحدهما بالآخر كيلاً كبيع الجزاف لذلك الاحتمال، وحرمة الربا إنما كانت منتهية بالعلم بالمساواة إلا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الأخرى، فإذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة **(فلا يجوز وإن كانت كيلاً بكيل)** مساو، وقولنا قول الشافعي في الأظهر عنه، وسفيان الثوري وأحمد في رواية خلافاً لمالك وأحمد في أظهر قوليه، لأن الدقيق نفس الحنطة فرقت أجزاؤها فأشبه بيع حنطة صغيرة جداً بكبيرة جداً، وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه. وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف، إلا أن الشافعي أجازه

أو بالسويق لا يجوز متساوياً متفاضلاً لشبهة الربا لأنها مكيلة، والمجانسة باقية من وجه لأنهما أي الدقيق والسويق من أجزاء الحنطة لأن الطحن لم يؤثر إلا في تفريق الأجزاء، والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئاً آخر زائلة من وجه، لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني، فإن ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق، فإنها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق. وربا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتاً قبل الطحن وبصيرورته دقيقاً زالت المجانسة من وجه دون وجه، فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك. فإن قيل: لا يخلو إما أن يكون الدقيق حنطة أو لا، والثاني يوجب الجواز متساوياً ومتفاضلاً لا محالة،

قال المصنف: **(لأنهما من أجزاء الحنطة)** أقول: وإنما لم يقل أجزاؤهما لأن من أجزائهما النخالة أيضاً.

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٤٠ من حديث رافع بن خديج. وفي إسناده أيضاً موسى بن عبيدة الربذي. فهذا ليس بشاهد. وجاء في تلخيص الحبير ٣/ ٢٦. ٢٧ ما ملخصه: هذا لا يصلح شاهداً لحديث ابن عمر فإنه من طريق موسى بن عبيدة أيضاً وكأن أحد الرواة عن موسى وهم فجعله من حديث رافع.
وقال ابن حجر عن حديث ابن عمر: قال أحمد: لا تحل الرواية عن موسى بن عبيدة، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره وليس في هذا حديث يصح. لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين ا هـ. وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث ا هـ.
وقد جزم الدارقطني في العلل أنه موسى بن عبيدة، تفرد به فهذا يدل على أنه الوهم في قوله: ـ أي في سننه ـ عن موسى بن عقبة عن غيره ا هـ كلام ابن حجر. فالحديث ضعيف، ولو كان حديث رافع بن خديج من طريق آخر غير موسى الربذي لكان حسناً كما ذكر ابن الهمام. وجاء في الميزان في ترجمة موسى الربذي ما ملخصه: قال أحمد: لا يكتب حديثه. وقال يحيى: ليس بشيء. وقال ابن عدي: الضعف على رواياته بيّن.

متفاضلاً، ولا متساوياً لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة، فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه. وعندهما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود. قلنا: معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة.

لأن النخالة ليست من أموال الربا لأنها لا تطعم. وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به إلا فيما إذا بيع بجنسه، أما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزناً بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك قوله: **(ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً)** وهو قول أحمد، وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلاً، ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لأنه لا يعتدل في الكيل لأنه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل، ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم، وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره. وفي الذخيرة عن الإمام الفضلي: إنما يجوز إذا تساويا كيلا إذا كانا مكبوسين وهو حسن، ولفظ متساوياً نصب على الحال، ونصب كيلاً على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقاً والأصل متساوياً كيله. وفي بيع الدقيق بالدقيق وزناً روايتان، وفي الخلاصة: لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزروع والثمار، وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزناً لا يجوز وفيها أيضاً سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق، وكذا بيع النخالة بالنخالة. وفي شرح أبي نصر: يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة. والذي في الخلاصة أحسن لإهدار ذلك القدر من زيادة النعومة، وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز إلا مماثلاً، وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التي في الدقيق.

والأول يوجب الجواز إذا كان متساوياً كذلك. أجاب بأن المساواة إنما تكون بالكيل والكيل غير مسوّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة **(فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل)** قبل حرمة الربا حرمة تتناهى بالمساواة في الأصل، وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع تثبت حرمة لا تتناهى فصار مثل ظهار الذمي على ما عرف. وأجيب بأن حرمة الربا تتناهى بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة، والثاني ممنوع فإن حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة، والأول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني. ويجوز أن يقال: الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها، وفيما نحن فيه لا تتحقق. ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوّي ومتساوياً وكيلاً بكيل، قيل حالان متداخلان، لأن العامل في الأول بيع وفي الثاني متساوياً، ويجوز أن يكونا مترادفين. وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزناً. حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلاً إنما يجوز إذا كانا مكبوسين، ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساوياً ولا متفاضلاً، لأن الدقيق أجزاء حنطة غير مقلية والسويق

قال المصنف: **(فكذا بيع أجزائهما)** أقول: كان الظاهر أن يقول: فكذا بأجزائهما، إلا أنه عدل إلى هذا إشارة إلى أنها مبيعة أيضاً في أمثال هذا البيع قوله: **(وأجيب بأن حرمة الربا تتناهى بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة)** أقول: قوله في الحنطة أو في الشبهة يحتمل أن يكون قيداً للمساواة، فمعنى قوله فإن حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة: أي بشبهة المساواة التي في النساء لاستلزام شبهة الفضل شبهة المساواة أيضاً، ويحتمل أن يكون قيداً للربا وهو الأنسب بقوله فإن حرمة النساء الخ، والأول أقرب فليتأمل؛ وأنت خبير بأن قوله ويجوز أن يقال الخ يعين الاحتمال الثاني وإلا لزم التكرار قوله: **(ويجوز أن يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها الخ)** أقول: بأن يكون كلا البدلين نسيئة، فإنه لا يجوز للزوم الكالىء بالكالىء قوله: **(ومتساويا وكيلاً بكيل حالان متداخلان)** أقول: فكيلا ينبغي أن يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندي أن انتصاب كيلاً على التمييز أن متساوياً كيله تأمل، وسيجيء من الشارح تفسير كيلاً بقوله أي من حيث الكيل في شرح قوله: «والرطب بالرطب» يجوز متماثلاً كيلاً فذلك كالتصريح بكون كيلاً تمييزاً قوله: **(لقيام المجانسة من وجه)** أقول: مع انتفاء المستوى قوله: **(بأجزاء بعض آخر)** أقول: لذلك أيضاً قوله: **(لأنهما جنسان لاختلاف المقصود)** أقول: لا يقال: اختلاف المقاصد حاصل في الحنطة مع الدقيق مع أنهما جعلاهما متحدي الجنس من وجه، إذ المسألة اتفاقية، فما بالهما هنا لم يجعلا الدقيق والسويق كذلك لأن الحنطة إذا قليت صارت بالقلي كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد، وإذا فرقت الأجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضاً من وجه، ففي الحنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة، وفي الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتأمل.

قال: **(ويجوز بيع اللحم بالحيوان)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إذا باعه بلحم من جنسه لا

ثم قال المصنف **(وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز)** أي لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلاً ولا متساوياً، أما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه **(وعندهما يجوز)** بيع الدقيق بالسويق متساوياً ومتفاضلاً **(لأنهما)** أي دقيق الحنطة وسويقها مثلاً **(جنسان)** وإن رجعا إلى أصل واحد **(لاختلاف المقصود)** اختلافاً كثيراً بعد القلي والطحن فإن المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزاً أو عصيداً أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق، كما أن ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلتّ بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق، وإذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساوياً ومتفاضلاً. وأبو حنيفة يمنع أنهما جنسان وله طريقان: أحدهما أن بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقاً، وذلك ليس إلا لاعتبار اتحاد الجنس، وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر، والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية، ولم يزد الدقيق على الحنطة إلا بتكسيره بالطحن، وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده. والثاني وعليه اقتصر المصنف أن بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز، وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق، وليس ذلك إلا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل لا يثبت إلا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق أجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقاً. قولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس **(قلنا أعظم المقاصد)** هي متحدة فيه **(وهو التغذي فلا يبالي بفوات بعضها)** الذي هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الأعظم مع فوات ما دونه من المقاصد، فإن المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز **(و)** كذا **(العلكة)** أي الجيدة السالمة من السوس **(مع المسوّسة)** ومع ذلك جعلا جنساً واحداً غير أن المسوّسة يجوز بيعها بالعلكة كيلاً متساوياً، والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوى بينهما. فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا. قيل يجوز إذا تساويا وزنا ذكره في الذخيرة. وقيل لا وعليه عوّل في المبسوط. ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى. ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست: أي أدخلت السوس فيها قوله: **(ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساوياً لما في الحيوان أو لا بشرط التعيين، أما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم. وفصل محمد رحمه الله فقال: إن باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بالشاة الحية. ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيفما كان، وإن كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفرز أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم، وباقي

أجزاؤها مقلية، فكما لا يجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر. وعندهما يجوز لأنهما جنسان لاختلاف المقصود إذا هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به أن يلتّ بالسمن أوالعسل أو يشرب بالماء، وكذلك الاسم «وإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد». والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية **(والعلكة بالمسوسة)** التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يقلي إذا شوى، ويجوز مقلوة من قلا يقلو، والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع، والسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام، ومنه حنطة مسوّسة بكسر الواو المشددة. قال **(ويجوز بيع اللحم بالحيوان)** بيع اللحم بالحيوان على وجوه: منها ما إذا باعه بحيوان من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر بالشاة مثلاً وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما تبين. ومنها ما إذا باعه الحيوان من جنسه كما إذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط، وهو جائز بالاتفاق إن كانا متساويين في الوزن وإلا فلا. ومنها ما إذا باعه بجنسه مذبوحاً غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز إلا أن

يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط، إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم. ولهما أنه باع الموزون بما

اللحم **(بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا)** إما لزيادة السقط إن كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم، أو لزيادة اللحم إن كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهلة وهو دهن السمسم لا يجوز إلا على ذلك الاعتبار، والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والأكارع؛ ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساويا وزناً بالإجماع، والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط، وإن كانت بسقطها لا يجوز إلا على الاعتبار. ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل، أما عندهما فظاهر لأنه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك إذا اشتراها بشاة مذبوحة، وأما على قول محمد فإنما يجوز لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في إحداهما مع سقطها بإزاء السقط، وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز، لأن اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بإزاء الجلد ونحوه، فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه. وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله: لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلاً لا بطريق الاعتبار ولا بغيره، خلافاً للمزني من أصحاب الشافعي فإنه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف. ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز؛ وللشافعي قولان والأصح لا يصح لعموم نهيه ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان، وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الإطلاق **(أنه باع موزوناً بما ليس بموزون)** فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن، لكن اتحاده مع اختلاف المقدّر به إنما يمتنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه، وإنما قلنا إن الحيوان ليس بموزون **(لأنه لا يوزن عادة)** فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل، لأن الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لأنه يثقل نفسه ويخففها فلا يدرى

يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضاً بالاتفاق. ومنها ما إذا باعه بجنسه حياً وهو مسألة الكتاب وهو جائز عند محمد **(إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا)** إما **(من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم)** والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن **(فصار كالحل)** أي الشيرج **(بالسمسم. ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون)** لأن اللحم موزون لا محالة، والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن، لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى بضرب قوّة فيه فلا يدري أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت، بخلاف مسألة الحل بالسمسم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير يوزن الثجير وهو ثقله، وهذا في الحقيقة جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان. والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال، وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم، والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى إذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والأمعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم، فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون. وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضاً، فإن اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالإرادة والبيع فيه جائز متفاضلاً بعد أن يكون يداً بيد. فإن قيل: إذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك. أجيب بأن النسيئة إن كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان، وإن كانت في البدل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز قال: **(ويجوز**

قوله: **(والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل الخ)** أقول: أي وزن السمسم في الحال عند المبايعة يشمل: أي يظهر شموله إياهما عند التمييز قوله: **(وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ)** أقول: يعني بوزن الحل الذي جعل مبيعاً فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضاً فحينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الثجير فبعد العلم بمقدار الثجير يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج إلى وزنه ثانياً، بل يكفي الوزن الأول للسمسم لتلك المعرفة، فلعل المراد من تعريف الوزن إياه في الحال هو هذا.

ليس بموزون، لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى، بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير، ويوزن الثجير.

قال: **(ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة)** وقالا: لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه «أوينقص إذا جف؟ فقيل: نعم، فقال عليه الصلاة والسلام: لا إذا» وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة

حاله، بخلاف الدهن والسمسم **(لأن الوزن يعرف قدر الدهن إذا ميز من الثجير)** ثم يوزن الثجير هذا على التنزل وإلا فهما على ما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذا من قوله تعالى: ﴿فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر﴾ أي بعد نفخ الروح، فعلم أن الحيّ مع الجماد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار، وإنما امتنع النساء لأنه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه. واعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان، ومنه ضعيف وقويّ، فمن القويّ ما رواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان»[1]. وفي لفظ: «نهى عن بيع الحيّ بالميت». ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق. وقال ابن خزيمة: حدثنا أحمد بن حفص السلمي، حدثني أبي، حدثني إبراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه[2]. قال البيهقي: إسناده صحيح، ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولاً ومن لم يثبته فهو مرسل جيد. وأنت تعلم أن المرسل عندنا حجة مطلقاً. وأسند الشافعي إلى رجل مجهول من أهل المدينة: «أنه ﷺ نهى عن يباع حيّ بميت»[3] وأسند أيضاً عن أبي بكر

بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل) بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز بالإجماع، ومثلاً بمثل جوّزه أبو حنيفة خاصة وقالا: **(لا يجوز لقوله ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر)** وقال: **(أينقص إذا جف؟ فقيل نعم، قال: لا إذاً)** أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف. وفيه إشارة إلى اشتراط المماثلة في أعدل الأحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك قوله: **(فقال عليه الصلاة والسلام)** هو الدليل. ولأبي حنيفة المنقول والمعقول. أما الأول «فلأنه ﷺ سمى الرطب تمراً حين أهدي رطباً فقال: أو كل تمر خيبر هكذا؟» وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من حديث المشهور، وأما المعقول فما روي أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسألة وكانوا شديداً عليه لمخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أو لا، فإن كان تمراً جاز العقد بأول الحديث: يعني قوله التمر بالتمر» وإن لم يكن جاز بقوله: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم» فأورد عليه حديث سعد فقال: هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة. واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن. سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به

قوله: **(وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضاً الخ)** أقول: هذا طريق آخر لهما لإثبات مدعاهما قوله: **(لا إذا)** أقول: مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام.

---

(١) مرسل صحيح. رواه مالك في الموطأ ٢/ ٦٥٥ ح ٦٤ ومن طريق أبو داود في المراسيل كما في نصب الراية ٤/ ٣٩ وكذا البيهقي ٥/ ٢٩٦ كلهم عن زيد بن أسلم عن ابن المسيب مرسلاً. ومن هذا الوجه رواه الدارقطني ٣/ ٧١ وهذا مرسل صحيح. ومرسلات ابن المسيب قوية مقبولة عند الأئمة الأربعة.

(٢) حسن. أخرجه البيهقي ٥/ ٢٩٦ من طريق ابن خزيمة عن الحسن عن سَمُرَةَ: أن النبي ﷺ نهى أن تباع الشاة باللحم. وقال البيهقي: إسناده صحيح. ومن أثبت سماع الحسن من سَمُرَةَ عدّهُ موصولاً وإلا فهو مرسل جيد. يضم إلى مرسل ابن المسيب اهـ ووافقه الزيلعي في ٤/ ٣٩ وله شواهد فهو حسن والله أعلم.

(٣) ضعيف. أخرجه الشافعي في مسنده ٢/ ١٤٥ ومن طريق البيهقي ٥/ ٢٩٦. ٢٩٧ كلاهما عن القاسم بن أبي بَزّة، فذكره عن رجل من أهل المدينة. وله قصة وقال في آخره: فسألت عن ذلك الرجل، فأخبرت عنه خيراً ا هـ قلت: هذا إسناد واهٍ. شيخ الشافعي مسلم الزنجي واهٍ. والرجل مجهول ولا أظنه من الصحابة لأن جهالة الصحابي لا تضر. وقولي لا أظنه ـ أي الرجل ـ من الصحابة مأخوذ من قول الحافظ في التقريب عن القاسم بن أبي بزّة: ثقة من الخامسة ا هـ وكونه من الطبقة الخامسة يضعف احتمال سماعه من الصحابة. والله أعلم. ومع ذلك يشهد لما تقدم.

والسلام حين أهدي إليه رطب «أوكل تمر خيبر هكذا» سماه تمراً. وبيع التمر بمثله جائز لما روينا، ولأنه لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث، وإن كان غير تمر فبأخره، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف النوعان فبيعوا

الصدّيق رضي الله عنه: «أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان»[1] وبسنده إلى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر ابن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون، وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعله بالمعنى، فإن مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن جزوراً نحر على عهد رسول الله ﷺ فجاء أعرابيّ بعناقه فقال: أعطوني بهذا العناق لحماً، فقال أبو بكر رضي الله عنه: لا يصح هذا»[2] وتأوّلوه على أنه كان من إبل الصدقة نحر ليتصدق به قوله: **(ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة)** وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله: لا يجوز، فقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز. وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلاً متماثلاً للجماعة قوله ﷺ فيما روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن البيضاء بالسلت، فقال سعد: أيهما أفضل؟ قال البيضاء، فنهاه عن ذلك وقال: «سمعت رسول الله ﷺ يسئل عن شراء التمر بالرطب، فقال رسول الله ﷺ: أينقص الرطب إذا جفّ؟ قال نعم. فنهاه عن ذلك»[3]. فهذا حكم منبه فيه على علته وهو كونه ينقص في أحد البدلين في ثاني الحال عن المساواة. ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الأربعة. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح **(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الرطب تمر لقوله ﷺ حين أهدى له رطب «أَوَكُلُّ تمر خيبر هكذا» فسماه)** أي سمى الرطب **(تمراً)** وهذا إنما يتم إذا كان المهدى رطباً وليس كذلك بل كان تمراً. أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة: «أن رسول الله ﷺ

المشور. واعترض بأن الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لأن المقلية إما أن تكون حنطة فتجوز بأول الحديث أو لا فتجوز بآخره. فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من إطلاق اسم التمر عليه، فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها إلى أن تدرك، والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره، ويجوز أن يقال إنه حنطة قوله: **(فيجوز بأول الحديث)** قلنا: إنما جاز أن لو ثبتت المماثلة بينهما كيلاً، ولا تثبت لما قيل إن القلي صنعة يغرم عليها الأعواض، فصار كمن باع قفيزاً بقفيز ودرهم. لا يقال ذلك راجع إلى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة، لأن التفاوت الراجع إلى صنع الله ساقط بالحديث. وأما الراجع إلى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة، فكل تفاوت ينبني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق، وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والرديء والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه

قوله: **(فأورد عليه حديث سعيد)** أقول: الظاهر أن يقال سعد قوله: **(من إطلاق اسم التمر عليه)** أقول: أي اسم التمر.

---

(١) موقوف. أخرجه الشافعي ٢/ ١٤٥ ومن طريق البيهقي ٥/ ٢٩٧ كلاهما عن أبي بكر موقوفاً وإسناده غير قوي فيه ابن أبي يحيى واهٍ والشافعي يكثر عنه وأحياناً يقول عنه: حدثني من لا أتهم. أو حدثني الثقة. ونقل الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٩ عن الشافعي قوله: ولا نعلم أحداً من الصحابة قال بخلاف ذلك وإرسال ابن المسيب عندنا حسن ا هـ.

(٢) قلت: رواية الشافعي المتقدمة هي عن ابن عباس عن أبي بكر، وهي مختصرة، وأما بهذا السياق فلم أره. وهو ضعيف بكل حال سواء كان مختصراً أو مطولاً. لكنه شاهد.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣٣٥٩ والترمذي ١٢٢٥ والنسائي ٧/ ٢٦٩ وابن ماجه ٢٢٤٦ ومالك ٢/ ٦٢٤ والحاكم ٢/ ٣٨ والبيهقي ٥/ ٢٩٤ وابن حبان ٤٩٩٧ـ ٥٠٠٣ والبغوي ٢٠٦٨ والدارقطني ٣/ ٤٩ والشافعي ٢/ ١٥٩ وأحمد ٢/ ١٧٥ كلهم من حديث سعد بن أبي وقاص. قال البغوي في شرح السنة ٨/ ٧٨: والبيضاء: نوع من البر أبيض اللون وفيه رخاوة يكون ببلاد مصر والسّلت: نوع أخر غير البرّ.
وقال بعضهم: البيَضاء الرطب من السُلت وهذا أليق بمعنى الحديث بدليل أنه شبهه بالرطب مع التمر ا هـ. وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات. قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس، وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث إذ لم يوجد في رواياته إلا الصحيح خصوصاً في حديث أهل المدينة ثم لمتابعة الأئمة إياه في روايته عن عبد الله بن زيد ا هـ.

كيف شئتم» ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة.

بعث أخا بني عدي الأنصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله ﷺ: أكل تمر خيبر هكذا؟ فقال لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا» وكذلك الميزان. ولفظ آخر: «إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً»[١] والجمع أصناف مجموعة من التمر. وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا يأكل تمراً فأكل رطباً أنه يحنث فليس كذلك، بل المذهب أنه لا يحنث لأن مبناها على العرف، وسنذكر تمامه. ثم قال المصنف **(ولأنه إن كان تمراً)** هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر، فسألوه عن التمر فقال: الرطب إما أن يكون تمراً أو لم يكن، فإن كان تمراً جاز العقد عليه لقوله ﷺ: «التمر بالتمر»[٢] وإن لم يكن جاز لقوله ﷺ: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»[٣] فأورد عليه الحديث، فقال: هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه. وأبدله المصنف بقوله: **(ضعيف عند النقلة)** وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فإن المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش، وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي. قال الإمام الزيلعي المخرَّج رحمه الله: ليس ذلك بصحيح. قال صاحب التنقيح: زيد بن عياش أبو عياش الدورقي. ويقال المخزومي، ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به بأس. وغير مشايخنا ذكروا أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول، وقد ردّ ترديده بين كونه تمراً أو لا بأن هنا قسماً ثالثاً وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما، فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل، وإنما يسوى في حال اعتدال البدلين وهو أن يجفّ الآخر. وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجبه أمراً خلقياً وهو زيادة الرطوبة، بخلاف المقلية بغيرها فإنا في الحال نحكم بعدم التساوي لاكتناز أحدهما في الكيل، بخلاف الآخر لتخلخل كثير وردّ طعنه في أبي عياش أيضاً بأنه ثقة كما نقلنا آنفاً من قول صاحب التنقيح، وأيضاً روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول.

المذكور، ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله وقيل: **(لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغيرها)** وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة إنما تتم بإطلاق اسم التمر عليه، فإن النص لما ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب جعلا نوعاً واحداً فجاز البيع مثلاً بمثل، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها، والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً: أي من حيث الكيل عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، لأنه ربوي يتفاوت في أعدل الأحوال: أعني عند الجفاف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق. ولنا أنه بيع التمر بالتمر متساوياً فكان جائزاً، وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة أو الحنطة المبلولة بالمبلولة أو الحنطة الرطبة بالمبلولة أو اليابسة أو التمر المنقع بالمنقع أو الزبيب المنقع بالمنقع، من أنقع إذا ألقى في الخابية ليبتل وتخرج منه الحلاوة جائز عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز في جميع ذلك، وهو يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو حال الجفاف، ومفرعه حديث سعد، وأبو حنيفة يعتبرها في الحال عملاً بإطلاق المشهور، وكذلك أبو يوسف إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه، واحتاج محمد إلى الفرق بين هذه الفصول: يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة إلى آخرها، وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في أعدل الأحوال وفيه في الحال. ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب. وحاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البدلين أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه، وإذا ظهر

---

(١) صحيح. تقدم تخريجه قبل ستة أحاديث مستوفياً.

(٢) هو بعض حديث عبادة في أول الباب.

(٣) هو بعض حديث عبادة المتقدم في أول الباب.

قال: **(وكذا العنب بالزبيب)** يعني على الخلاف والوجه ما بيناه. وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية، والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً عندنا لأنه بيع التمر بالتمر، وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبادلة بمثلها أو باليابسة، أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال المنذري: كيف يكون مجهولاً وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن زيد مولى الأسود بن سفيان وعمران ابن أبي أنس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه، وقد عرفه أئمة هذا الشأن، وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال. وقال ابن الجوزي في التحقيق: قال الإمام أبو حنيفة: زيد أبو عياش مجهول، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل، ثم ذكر ما ذكرنا. وقد أجيب أيضاً بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة، فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة، أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالرطب نسيئة» وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه، وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار، ورواه الدارقطني وقال: اجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالأربعة مالكاً وإسماعيل بن أبي أمية والضحاك بن عثمان وآخر[1]، وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها[2] لأن المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يوردها إلا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد. ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول، وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع، فما لم يظهر أن الحال كذلك فالأصل أنه قاله في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الوفق. لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة: «أينقص الرطب إذا جف»[3] عرياً عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة. وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الإشفاق مبنى على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه قوله: **(وكذا العنب بالزبيب: يعني على الخلاف)** عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز. وقوله: **(والوجه ما بيناه)** لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو

بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد إذا لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبراً. ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم إذا كان العقد وارداً على البدلين بالتسمية، وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا، لأن المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهي لا تتبدل. قال: **(ولو باع البسر بالتمر الخ)** بيع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأنه

قوله: **(ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف)** أقول: الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق في باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه قوله: **(وهذه الرواية تقوي قول من قال الخ)** أقول: فيه بحث، فإن تقويتها إنما هي لاعتبار التفاوت الصنيعي إذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه.

---

(١) إلى هنا كلام الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤١. ٤٢ نقلاً عن الأئمة. وزاد كلاماً لم يذكره ابن الهمام. وقول ابن الهمام: وآخر. ذكره الزيلعي فسماه سلمة بن زيد. وقال: رواية هؤلاء الأربعة ليس فيها لفظ: نسيئة. وهذا نقله الزيلعي عن الدارقطني.

(٢) قلت: هذا ليس مُطَّرِداً. فهناك زيادة تكون من الثقة عند مخالفته لمن هو أو ثقة منه، أو مخالفته لجماعة الثقات تسمى عند علماء المصطلح. زيادة شاذة أو رواية: شاذة. فليس بلازم قبول زيادة الثقة فأحياناً يقال عنها: إنها شاذة. فتنبه. ومالك وحده أحفظ وأثبت من يحيى بن أبي كثير. وأما قول من قال: إن زيد بن عياش مجهول. فجوابه قول الحافظ عنه في التقريب: صدوق اهـ. وعند جواب آخر وهو قول يحيى بن معين إمام الجرح، والتعديل: كل من روى عنه مالك فهو عندي ثقة. فتلخص من ذلك أنه الرجل ثقة عند ابن معين. بل وعند غيره حيث روى عنه اثناد ثقتان كما تقدم. والله أعلم.

(٣) مراده بالرواية الصحيح. رواية مالك ومن وافقه بدون لفظ: نسيئة.

وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدال الأحوال وهو المال، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال، وكذا أبو يوسف رحمه الله عملاً بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما

قوله ﷺ: «أينقص إذا جف»[١] باعتبار اشتماله على العلة المنبه عليها. ولأبي حنيفة أن الزبيب إما من جنس العنب فيجوز متساوياً أو لا يجوز مطلقاً. ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعاً. وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار، فقال المصنف **(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية)** فإنه لا يجوز البيع لأن القلي كائن بصنع العباد فتعدم اللطافة التي كانت الحنطة بها مثلية، بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الأصل، فصار في بيع العنب بالزبيب أربع روايات: لا يجوز اتفاقاً، يجوز اتفاقاً وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب، يجوز عنده، وعندهما لا يجوز إلا على الاعتبار لأن الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون. والفرق لأبي حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر أن الاستعمال ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا **(وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلاً كيلا)** وكذا العنب بالعنب يجوز **(عندنا)** وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافاً للشافعي، وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثري والرمان والإجاص لا يجيز بيع رطبه برطبه، كما لا يجيز بيع رطبه بيابسه لأنه لا يعرف قدر النقصان إذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر، وكذا الخلاف في الباقلاء الأخضر بمثله، لأن بين الباقلاءتين قضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية، وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز، وكذا بيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة إلى هنا. والمنقع اسم مفعول من أنقع الزبيب في الخابية فهو منقع. وأصله أن محمداً يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المآل عند الجفاف كما أشار إليه حديث سعد، وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة. أما مع اليابسة فظاهر، وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل، قال الحلواني: الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة إنما لا يجوز إذا انتفخت، أما إذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلاً. وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي في الحال **(عملاً بإطلاق الحديث)** أي حديث عبادة بن الصامت[٢] وغيره **(إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه)** من حديث سعد بن أبي وقاص[٣] وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به إلا ما كان في معناه، والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه، والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة عيب. وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر، وقوله الأول كقول محمد، وقد نقض ما تقدم من الأصل وهو أن التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع، وما بأصل الخلقة لا

تمر لما بينا أن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما تنعقد صورته وبيعه به متساوياً من حيث الكيل يداً بيد جائز بالإجماع، وبيع الكفرّي بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لأنه يستر ما في جوفه بالثمر جائز متساوياً وتفاضلاً يداً بيد، لأن الكفرّي ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة قوله: **(والكفرّي عددي متفاوت)** قيل: هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمراً لجاز إسلام التمر في الكفرّي لكنه لم يجز. وتقرير الجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت آحاده في

---

(١) هو بعض حديث سعد بن أبي وقاص المتقدم الكلام عليه.
(٢) رواه الجماعة إلا البخاري وتقدم في أول هذا الباب.
(٣) حديث سعد تقدم قبل حديثين مع الكلام عليه مستوفياً.

رويناه لهما. ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد، وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر. ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن البسر تمر، بخلاف الكفريّ حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر، فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله، والكفريّ عددي متفاوت، حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة.

قال: **(ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون**

بالحنطة المبلولة فإن الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع أنه جاز العقد. أجيب بأن الحنطة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الربا إذ ذاك والبل بالماء يعيدها إلى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي **(ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول)** من بيع الحنطة الرطبة إلى هنا حيث منعه **(وبين الرطب بالرطب)** حيث أجازه، وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يجيزه، وحاصله **(أن التفاوت)** إن ظهر مع بقاء الاسم على البدلين أو أحدهما فسد العقد، وإن ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد، ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد، فإن الاسم حينئذ التمر والزبيب فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه، وفي الحنطة المبلولة ما في معناه لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع **(ولو باع البسر بالتمر)** متساوياً يجوز **(ومتفاضلاً لا يجوز لأن البسر تمر بخلاف الكفريّ)** وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً كم النخل وهو أول ما ينشق **(حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر)** أي كيلاً من التمر بكيلين من الكفريّ وقلبه لأنه ليس بتمر **(لأن)** الكفريّ لم ينعقد بعد في صورة التمر **(وهذا الاسم)** أعني التمر له **(من أوّل ما تنعقد صورته لا قبله)** وبهذا استدل بعضهم لأبي حنيفة في بيع الرطب بالتمر، فورد عليه أنه لو حلف لا يأكل تمراً فأكل رطباً لا يحنث فكان غيره. فأجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح، بل المسألة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث، وكذا ادعى أنه يحنث فيما إذا حلف لا يأكل تمراً فأكل بسراً ولم يكن به حاجة إلى هذا، إذ يكفيه أن الأيمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة، وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد إلى أن يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الإطلاق باعتبار مجاز الأول.

وقوله: **(والكفريّ عددي متفاوت إلى آخره)** جواب سؤال هو أنه إذا لم يكن الكفريّ تمراً ينبغي أن يجوز إسلام التمر فيه وشراء التمر به نسيئة فقال: الكفريّ عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتاً غير مهدر فلا يجوز إسلامه فيه، ولا أن يشتري به نسيئة للجهالة فتقع المنازعة قوله: **(ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج)** معلوماً أنه **(أكثر مما في الزيتون والسمسم)** فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز، فالاحتمالات أربع، والجواز في أحدهما بأنه إذا كان أكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد **(والزائد)** منه

المالية فلا يجوز الإسلام فيه للجهالة. قال **(ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ)** الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الأبيض، ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره، والمراد به ها هنا ما يتخذ من السمسم. واعلم أن المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار ما في الضمن. ولا يعتبر الثاني مع وجود الأول، ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن، وإذا لم يوجد الأول يعتبر الثاني، ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع. فإذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إما أن تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أو لا، والثاني لا

قوله: **(ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم الخ)** أقول: ولك أن تقول: المراد بالضمير الراجع إلى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام، أو يقال المضاف مقدر: أي مسماه بقرينة جعله معقوداً عليه لظهور أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فاندفع الإشكال.

والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير) لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون، وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساوياً له، فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل، ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا، والشبهة فيه كالحقيقة، والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار. واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع.

(ب)مقابلة **(الثجير)** وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله: إنما يشترط أن يكون الخالص أكثر إذا كان الثقل في البدل الآخر شيئاً له قيمة، أما إذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد إخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد، يروى ذلك عن أبي حنيفة. وقال زفر: يجوز مع عدم العلم لأنه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك. والأصل الصحة. وقلنا: الفساد غالب لأنه على تقديري النقصان والمساواة، والصحة على تقدير الأكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به. وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع أصلاً لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد. واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتمنع النسيئة كما في المجانسة العينية، وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج[١] مع السمسم، وتنتفي باعتبار ما أضيفت إليه فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا إليه من الورد والبنفسج نظراً إلى اختلاف المقصود والفرض ولم يبال باتحاد الأصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان؛ أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلاً، وعلى هذا قالوا لو ضم إلى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلاً حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب، وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز طبق برطلي لوز غير مطبق، وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص، وكذا رطل زيت مطيب برطلي زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بإزاء الزيادة على الرطل خلافاً للشافعي، فإنه لا يجيز الدهن المطيب وغيره إلا مثلاً بمثل. وأورد أنه ينبغي أن يجوز بيع السمسم بدهنه بأي وجه كان لأن الدهن وزني والسمسم كيلي. أجيب بأنه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس. فإن قيل: فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صرفاً لكل من دهنه وثجيره إلى خلاف جنسه. أجيب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسألة الإكرار ولا صورة هنا منفصلة. وقوله: **(والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار)** يعني إن كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز، وقد علمت تقييده بما إذا كان الثفل له قيمة وأظن أن لا قيمة لثفل الجوز إلا أن يكون بيع بقشره فيوقد، وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما

يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمحقق في هذا الباب، والأول إما أن يكون المنفصل أكثر أو لا. والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير إن نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والثجير وحده: أي ساواه على تقدير أن يكون الثجير ذا قيمة، وأما إذا لم يكن كما في الزبد بعد إخراج السمن إذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فإنه يجوز، وهو المروى عن أبي حنيفة، والأول جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار. ولقائل أن يقول مثلاً: السمسم يشتمل على الشيرج والثجير، فإما أن يكون المجموع منظوراً إليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقاً لأن الشيرج وزني والسمسم كيلي، أو من حيث الإفراز فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صرفاً لكل واحد من الدهن والثجير إلى خلاف جنسه، كما إذا باع كرّ حنطة وكرّ شعير بثلاثة أكرار حنطة وكرّ شعير أو يكون أحدهما إما الدهن أو الثجير منظوراً إليه فقط، والثاني منتف عادة، والأول يوجب أن لا يقابل الثجير بشيء من الدهن وليس كذلك. والجواب أن المنظور إليه هو المجموع من حيث الإفراد،

---

(١) الشَّيْرَج: هو دهن السِّمْسِم. ويقال للدُهن الأبيض أيضاً: شَيْرج ا هـ مصباح.

قال: **(ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً)** ومراده لحم الإبل والبقر والغنم؛ فأما البقر والجواميس جنس واحد، وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي. قال: **(وكذلك ألبان البقر والغنم)** وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود. ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة، فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة.

يخرج، والله أعلم **(واختلفوا في القطن بغزله)** فبعضهم لا يجوز متساوياً لأن القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق. وقال بعضهم: يجوز. وفي فتاوى قاضيخان: لا يجوز إلا متساوياً لأن أصلهما واحد وكلاهما موزون، وإن خرجا أو أحدهما عن الوزن جاز متفاضلاً. وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال. قال المصنف بالإجماع. وعن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلاً، وعنه أنه لا يجوز مطلقاً وهكذا عن أبي حنيفة أيضاً. ثم ذكر أنه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لأن الفاضل بإزاء حبّ القطن وهو مما ينتفع به، وقد يعلف لبعض الدوابّ. وأما في الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المفرد بإزاء صنعة الغزل، فنقل الإجماع إنما هو باعتبار الأقوال المعوّل عليها دون الروايات قوله: **(ويجوز بيع اللحمان)** جمع لحم **(المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ومراده لحم الإبل والبقر والغنم)** لأنها أجناس مختلفة لاختلاف أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين **(فأما البقر والجواميس)** فـ **(جنس واحد)** لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلاً **(وكذا المعز مع الضأن والعراب مع البخاتي)** لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلاً لاتحاد الجنس، وإنما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلاً والعصافير متفاضلاً لأنه ليس مال الربا إذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال، وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والإوز لأنه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه. وقوله ومراده إلى آخره يحترز به عن قول مالك فإن عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس: الطيور جنس، والدوابّ أهليها ووحشيها جنس واحد، والبحريات **(وكذا ألبان البقر والغنم)** يجوز متفاضلاً لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الأصلين **(وعن الشافعي أن اللحوم والألبان جنس واحد لاتحاد المقصود)** من الكل وهو التغذي، وهذا قول الشافعي غير المختار، والصحيح من قوله أنه مثل قولنا، ثم دفع هذا القول بأن أصولها **(مختلفة)** الأجناس **(فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة)** فإنها حينئذ تعد أجناساً، ولهذا جاز بيع الخبز

ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً. قوله صرفاً لكل واحد من الدهن والثجير إلى خلاف جنسه. قلنا: ذاك إذا كانا منفصلين خلقة كما في مسألة الإقرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والثجير ليسا كذلك. واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساوياً فقيل لا يجوز لأن القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق، وقيل يجوز لأن أصلهما واحد فكلاهما موزون، وإن خرجا عن الوزن أو خرج أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين، كذا في فتاوى قاضيخان. وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالإجماع، وهذا يخالف ما روي عن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقاً قال: **(ويجوز بيع اللحمان الخ)** كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس متفاضلاً. وعنه أنه لا يجوز، والعراب والبخاتي والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلاً، وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلاً وكذلك الألبان. وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوّي فكان الجنس متحداً. ولنا أنها فروع أصول مختلفة لما ذكرنا، واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالأدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه، والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص، ولا يشكل بالطيور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلاً يجوز مع اتحاد الجنس لأن ذاك باعتبار أنه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي، وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً قوله: **(إذا لم تتبدل بالصنعة)** قيل مراده أن اتحاد الأصول يوجب اتحاد الفروع والأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة، فإذا تبدلت الأجواء بالصنعة تكون مختلفة، وإن كان الأصل متحداً كالهروي

قال: **(وكذا خلّ الدقل بخل العنب)** للاختلاف بين أصليهما، فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين. وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد.

بالدقيق والسويق متفاضلاً **(وكذا خلّ الدقل بخل العنب)** متفاضلاً وكذا عصيرهما **(لاختلاف أصليهما)** جنساً، وتخصيص الدقل وهو رديء التمر باعتبار العادة، لأن الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا (و) أما **(شعر المعز وصوف الغنم)** فـ **(جنسان لاختلاف المقاصد)** بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنساً واحداً كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف، فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء: اختلاف الأصول، واختلاف المقاصد، وزيادة الصنعة. فإن قيل: بالنظر إلى اتحاد الأصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلاً وزناً، وبالنظر إلى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلاً فينبغي أن لا يجوز متفاضلاً تغليباً للحرمة. فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فيرجح المحرم، وهذا ليس كذلك فإنه لا يقاوم الصورة المعنى، وألزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنساً واحداً لاتحاد المقصود. وأجيب بمنع اتحاده فإن لبن البقر يقصد للسمن ولبن الإبل لا يتأتى منه ذلك، وكذا أغراض الآكل تتفاوت، فإن بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الإبل. ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع إناءي صفر[1] أو حديد أحدهما أثقل من الآخر، وكذا قمقمة بقمقمتين[2] وإبرة بإبرتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وإن اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة **(ويجوز بيع شحم البطن بالألية أو باللحم)** واللحم بالألية متفاضلاً **(لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً)** وأما شحم الجنب ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والألية جنسان، وكل ذلك لا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما، وأما الرؤوس والأكارع والجلود فيجوز يداً بيد كيفما كان لا نسيئة لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز قوله: **(ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً)** يداً بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة **(لأن الخبز صار)** إما **(عددياً)** في عرف **(أو موزوناً)** في عرف آخر **(فخرج من أن يكون مكيلاً**

والمروي، وفيه نظر لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها، فكأنه يقول: اختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة، وأما إذا تبدلت فلا توجبه، وإنما توجب الاتحاد، فإن الصنعة كما تؤثر في تغير الأجناس مع اتحاد الأصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الأصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الأصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبة فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف **الأصول**.

قال: **(وكذا خلّ الدقل بخلّ العنب الخ)** الدقل هو أردأ التمر، وبيع خله بخلّ العنب متفاضلاً جائز يداً بيد، وكذا حكم سائر التمور. ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالباً أخرج الكلام على مجرى العادة، وإنما جاز التفاضل للاختلاف بين **أصليهما** ولهذا كان عصيراهما: يعني الدقل والعنب جنسين بالإجماع **(وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد)** فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل، فإن

قوله: **(لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة)** أقول: وينبغي أن يستثنى منه لحم الدجاجة فإنه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف: **(فكذا أجزاؤهما إذا لم تتبدل بالصنعة)** أقول: ولعل المعنى: وكذا تختلف أجزاء تلك الأصول بحسب اختلاف الأصول لاتحادها معها إذا لم تتبدل بالصنعة، فإن تلك الأجزاء إذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والإناء والقمقمة على ما تبين فليتدبر قوله: **(قيل مراده)** أقول: القائل هو صاحب النهاية قوله: **(فكأنه يقول اختلاف الأصول الخ)** أقول: مأخوذ من الخبازية.

---

(١) الصُّفر: بتشديد الصاد وضمها وتكسر في لغة. هو النحاس اهـ مصباح.

(٢) القُمْقُمْ: آنية العطار. وأيضاً آنية من نحاس يسخّن فيه الماء تسمى في الشام: غلاّية اهـ مصباح.

قال: **(وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم)** لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً. قال: **(ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً)** لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه، والفتوى على الأول، وهذا إذا كانا

من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف القدر فجاز التفاضل، والدقيق إما كيلي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا، ومن جعله وزنياً لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضاً. وروي عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه، وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للنكرة في النفي، وبهذا القول قال الشافعي وأحمد لشبهة المجانسة، إذ في الخبز أجزاء الدقيق، أو أن الدقيق بعرض أن يصير خبزاً فيشترط المساواة ولا يدري ذلك **(والفتوى على الأول)** وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عدداً أو وزناً كيفما اصطلحوا عليه **(وهذا إذا كانا نقدين)** فأما بيعهما نسيئة **(فإن كانت الحنطة نسيئة)** أو الدقيق بأن أسلم الخبز فيهما فدفعه نقداً **(جاز أيضاً، وإن كان الخبز)** نسيئة بأن أسلم حنطة أو دقيقاً في خبز لم يجز عند أبي حنيفة لأنه لا يوقف على حد له فإنه يتفاوت في الصنعة عجناً وخبزاً، وكذا عند محمد لأنه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف **(ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني)** أو يجوز بشرط الوزن إن كان العرف فيه العدد والنضج وحس العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر، واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه إذا قبض متجوزاً ما هو دون ما سمى صنعة، وإذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لأنه قل أن يقع الأخذ من النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفاً فقل أن لا يصير مستبدلاً **(ولا خير في**

المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر، فإن الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح، والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة. لا يقال: لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً لأن المقصود منهما متحد فكان الجنس متحداً، لأنا لا نسلم ذلك، فإن لبن البقر قد يضرّ حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحد القصد إليهما. والأولى أن يقال: قلنا إن اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول، ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الأصول، فالأصل أن يوجب اختلاف الأصول اختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبدل بالصنعة، وأن يوجب اتحاد الأصول اتحاد الفروع إلا عند التبدل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض، ومن هذا يتبين أنه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الأصل، ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد وبالنظر إلى المقصود جنسان، وينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانب الحرمة لأن المقصود راجح. قال **(وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم)** جائز لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً، أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره، ولا شك في ذلك عند تصوّر هذه الأشياء. وأما اختلاف المعاني فلأنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة. وأما اختلاف المنافع فكافلة الطب. قال: **(ويجوز بيع الخبز بالحنطة)** بيع الخبز بالحنطة والدقيق إما أن يكون حال كونهما نقدين أو حال كون أحدهما نقداً والآخر نسيئة، فإن كان الأول جاز لأنه صار عددياً أو موزوناً فخرج عن كونه مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل **(وعليه الفتوى)** وروي عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه: أي لا يجوز، والتركيب للمبالغة في النهي لأنه نكرة في سياق النفي فتعم

قوله: **(لا يقال: لو اختلف الجنس الخ)** أقول: يعني إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى غدا المختلفان مقصوداً مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغي أن يعد المختلفان فيه متحدين في الجنس إذا اتحدا المقصود منهما بناء على ذلك التغليب، فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً، وإذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكر الشارح في حيز، والأولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق قوله: **(فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ)** أقول: فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعموم الصور لها، والأظهر أن المراد بالصور الأشكال.

نقدين؛ فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله، وعليه الفتوى، وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح، ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر. وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في آحاده.

استقراض الخبز عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور) باعتبار كونه جديداً أو عتيقاً **(والتقديم)** في التنور **(والتأخير)** عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك، وإذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه أمنع **(وعند محمد رحمه الله يجوز بهما)** أي عدداً أو وزناً **(للتعامل)** بين الجيران بذلك، والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الجيران **(وعند أبي يوسف يجوز وزناً لا عدداً للتفاوت في آحاده)** ومحمد يقول: قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالباً، والقياس يترك بالتعامل، وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف، وأنا أرى أن قول محمد أحسن قوله: **(ولا ربا بين المولى وعبده)** أي المأذون غير المديون **(لأنه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)** لعدم تحقق البيع وكذا المدبّر وأم الولد **(فإن كان عليه دين لا يجوز)** أي البيع بطريق الربا **(أما عند أبي حنيفة)** فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون فهو أجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما **(وعندهما)** إن لم يزل ملكه عما في يده لكن **(تعلق بما)** في يده **(حق الغرماء فصار)** المولى **(كالأجنبي)** عنه **(فيتحقق الربا)** بينهما **(كما يتحقق بينه وبين مكاتبه)** وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقاً، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهماً بدرهمين أو لا، بخلاف المكاتب لأنه صار كالحر يداً وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينهما قوله: **(ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف والشافعي)** ومالك وأحمد، وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلي والمسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا؛ فلو باع مسلم دخل إليهم مستأمناً درهماً بدرهمين حل، وكذا إذا باع منهم ميتة أو خنزيراً أو قامرهم وأخذ المال يحل، كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف ومن ذكرنا **(لهم)** إطلاق النصوص فإنها لم تقيد المنع بمكان دون مكان، والقياس على المستأمن منهم في دارنا، فإن الربا يجري بين المسلم وبينه فكذا الداخل منا إليهم بأمان. ولأبي حنيفة ومحمد ما روي أنه ﷺ قال: **(«لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»[1])** وهذا الحديث غريب، ونقل ما روى مكحول عن النبي ﷺ أنه قال ذلك. قال الشافعي: قال أبو يوسف: إنا قال أبو

نفي جميع جهات الخبز، وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز، فإن كان الأول جاز لأنه أسلم موزوناً في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره، وإن كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما نذكر. قال المصنف **(والفتوى على قول أبي يوسف)** وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح: يعني قول أبي يوسف، وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض، ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة، وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه، وبالتنور في كونه جديداً فيجيء خبزه جيداً أو عتيقاً فيكون بخلافه، وبالتقدم والتأخر فإنه في أول التنور لا يجيء مثل ما في آخره، وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما. وعند محمد يجوز استقراضه عدداً ووزناً، ترك قياس السلم فيه للتعامل. وعند أبي يوسف يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في آحاده.

---

(١) ضعيف. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٤: غريب. وأسند البيهقي في المعرفة في كتاب السير عن الشافعي قال: قال أبو يوسف: إنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول مرسلاً قال الشافعي: هذا ليس بثابت ولا حجة فيه ا هـ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٨: لم أجده. ثم ذكر ابن حجر ما ذكره البيهقي في خبر مكحول مرسلاً.

قال: **(ولا ربا بين المولى وعبده)** لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا، وهذا إذا كان مأذوناً له ولم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه.

حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب» أظنه قال: «وأهل الإسلام» قال الشافعي: وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه، أسنده عنه البيهقي. قال في المبسوط: هذا مرسل، ومكحول ثقة، والمرسل من مثله مقبول[1]، ولأن أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى: ﴿الم غلبت الروم﴾ [الروم: ٢] الآية قالت له قريش: ترون أن الروم تغلب؟ قال: نعم، فقال: هل لك أن تخاطرنا، فخاطرهم فأخبر النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: اذهب إليهم فزد في الخطر ففعل، وغلبت الروم فارساً فأخذ أبو بكر خطره، فأجازه النبي ﷺ[2]، وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك **(ولأن ما لهم مباح)** وإطلاق النصوص في مال محظور، وإنما يحرم على المسلم إذا كان بطريق الغدر **(فإذا لم يأخذ غدراً فبأيّ طريق يأخذه حل)** بعد كونه برضا **(بخلاف المستأمن منهم)** عندنا **(لأن ماله صار محظوراً بالأمان)** فإذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدراً، وبخلاف الزنا إن قيس عليه الربا لأن البضع لا يستباح بالإباحة بل بالطريق الخاص، أما المال فيباح بطيب النفس به وإباحته، وهذا لا يفيد لمعارضة إطلاق النصوص إلا بعد ثبوت حجية حديث مكحول. وقد يقال: لو سلم حجيته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز، وإثبات قيد زائد على المطلق من نحو: ﴿لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] ونحوه هو الزيادة فلا يجوز. ويدفع بالقطع بأن المطلقات مراد بمحلها المال المحظور بحق لمالكه، ومال الحربي ليس محظوراً إلا لتوقي الغدر، وهذا التقدير في التحقيق يقتضي أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازه النظر

قال: **(ولا ربا بين المولى وعبده)** لا ربا بين المولى وعبده المأذون الذي لا دين عليه محيط برقبته، لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا، فعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الإسلام مشتملاً على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع **(فإذا كان عليه دين يتحقق الربا لأن ما في يده ليس ملكاً لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما)** وإن كان ملكه، لكن لما **(تعلق به حق الغرماء صار كالأجنبي)** فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه. وقال: **(ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب)** لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما

قال المصنف: **(ولا ربا بين المولى وعبده الخ)** أقول: قال العلامة الكاكي: وفي المبسوط: فلو كان على العبدين فليس بينهما ربا أيضاً، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه، كما لو أخذه لا بجهة العقد سواء اشترى منه درهماً بدرهمين أو لا، لأن ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر، فعليه رد ما قبض لحق الغرماء، وكذا أم الولد والمدبر لأن كسبه مال، بخلاف المكاتب لأن المكاتب صار كالحر يداً وتصرفاً في كسبه فيجري الربا بينه وبين مولاه كما يجري بينه وبين غيره انتهى. وفيه إشارة إلى أنه لا ربا بين المولى وعبده إذا كان على العبد دين، وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا

---

(١) هو مرسل ضعيف لجهالة من حدث أبا يوسف، ثم هذا المرسل لم يأت من طرق صحيحة حتى نقول المرسل مقبول أو حجة، وليس كل المراسيل تقبل، وإنما تعرض على الكتاب والسنة وقد قال مسلم في مقدمة صحيحه: والمرسل في قولنا وقول جمهور أصحابنا: أنه ضعيف وغير حجة ا هـ أو كما قال رحمه الله.

(٢) حسن غريب. جاء في الدر المنثور للسيوطي ٥/ ١٥٠. ١٥١ ما ملخصه: أخرجه ابن جرير بسنده عن ابن مسعود قال: كان فارس ظاهرين على الروم. . . وفيه: وذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: ما بضع سنين عندكم؟ قال: دون العشر. قال: اذهب فزايدهم وازدد سنتين في الأجل.
وأخرجه ابن جرير، وابن أبي حاتم، والبيهقي عن قتادة وفيه: قال ﷺ: فزايدوهم، ومادُّوهم في الأجل. وهذا الإسناد متصل إلا أنه موقوف على قتادة. وما قبله ضعيف وخبر مخاطرة أبي بكر وقريش ورد بلفظ آخر. أخرجه الترمذي ٣١٩٣ من حديث ابن عباس وقال: حسن صحيح غريب. ومن حديث نيار بن مكرَّم برقم ٣١٩٤ وقال: حسن صحيح غريب.

قال: **(ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب)** خلافاً لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله. لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ولأن ما لهم مباح في دارهم فبأيّ طريق أخذه المسلم أخذ مالاً مباحاً إذا لم يكن فيه غدر، بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان.

المذكور، أعني كون ماله مباحاً إلا لعارض لزوم الغدر، إلا أنه لا يخفى أنه إنما يقتضي حل مباشرة العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم، والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر، وجواب المسألة بالحل عام في الوجهين، وكذا القمار قد يفضي إلى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له، فالظاهر أن الإباحة تفيد نيل المسلم الزيادة، وقد التزم الأصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظراً إلى العلة وإن كان إطلاق الجواب خلافه، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الله خلافاً لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله. لهما الاعتبار بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا، فإنه إذا دخل الحربي دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فإنه لا يجوز، فكذا إذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع. ولأبي حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ذكره محمد بن الحسن، ولأن مال أهل الحرب في دارهم مباح بالإباحة الأصلية، والمسلم المستأمن إنما منع من أخذه لعقد الأمان حتى لا يلزم الغدر، فإذا بذلك الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لأجله **(بخلاف المستأمن)** جواب عن قياس. وتقريره أن المستأمن منهم في دارنا لا يحل لأحد أخذ ماله لأنه صار محظوراً بعقد الأمان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة.

بينهما إذا كان عليه دين، ولعل ما في المبسوط على مذهب الإمامين فإن المولى يملك كسب المديون عندهما كما يجيء في المأذون فراجعه قوله: **(لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع)** أقول: أي مع عدم تعلق أحد به، وإنما قيدنا بذلك لئلا يرد على التفريع إشكال بأن مجرد الملكية لا يبقى البيع؛ ألا يرى إلى ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما إذا كان العبد مديوناً فليتأمل قوله: **(فعدم تحقق الربا)** أقول: تأمل في صحة هذا التفريع فإنه يلزم منه المصادرة قوله: **(بعد وجود البيع بحقيقته الخ)** أقول: أي صورة وظاهراً قوله: **(صار كالأجنبي فيتحقق الربا)** أقول: أي شبهته إذ الشبهة كافية في المحرمات قال المصنف: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»)** أقول: قال ابن العز: قال في المغني: هذا خبز مجهول لم يرو في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به، وهو مع ذلك مرسل محتمل. ويحتمل أن المراد بقوله لا ربا النهي عن الربا كقوله تعالى: ﴿فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ انتهى. وعلى تقدير صحته لا يصلح مقيداً للمطلقات مثل لا تأكل الربا، إذ لا يزاد بخبر الواحد على الكتاب. قيل المراد من النصوص الربا في مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور إلا لعارض من الغدر فليتأمل.

باب الحقوق

(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه. ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى، ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار، فاسم الدار يتنظم العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود. والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه. والبيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله، والشيء لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه، والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب، فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع، ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه. وقيل في عرفنا

باب الحقوق

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار قوله: **(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل)** حاصل ما هنا أن الأسماء ثلاثة: البيت، والمنزل، والدار. فالبيت أصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه، فمنهم من يقتصر على هذا، ومنهم من يزيد له دهليزاً. والجواب فيه أن علوه لا يدخل في بيعه: يعني إذا باع البيت لا يدخل العلو. وإن قال بكل حق هو له أو كل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحاً لأن العلو مثله فإنه مسقف يبات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه. وأورد: المستعير له أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده. وأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع، بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك، والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لأن كتابته عبده من أكسابه. والمنزل فوق البيت دون الدار، وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلاً ونهاراً، وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة

باب الحقوق

قيل: كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع، إلا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهناك هكذا وقع، وكذا هاهنا، ولأن الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع. قال: **(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل)** ذكر ثلاثة أسماء: المنزل والبيت والدار، فسره ليبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه. قال: الدار اسم لما أدير عليه الحدود، والبيت اسم لما يبات فيه، والمنزل بين البيت والدار لأنه لا يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدوابّ. وإذا عرف هذا فمن اشترى منزلاً فوقه منزل لا يدخل الأعلى في العقد إلا أن يشتريه، ويصرح بذكر إحدى هذه العبارات الثلاث بأن يقول: بكل حق هو له أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه **(ومن اشترى بيتاً فوقه بيت)** وذكر إحدى العبارات الثلاث **(لم يدخل الأعلى. ومن اشترى داراً بحدودها)** ولم يذكر شيئاً من ذلك **(دخل فيه العلو والكنيف)** وهذا لأن الدار لما كان اسماً لم أدير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وإنما هو من توابع الأصل وأجزائه دخل فيه، والبيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص بذكره، وإلا لكان الشيء تابعاً لمثله، وهو لا يجوز. ولا يشكل بالمستعير، فإن له أن يعبر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب، فإن له أن يكاتب لأن المراد بالتبعية هاهنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لأنه ليس بلفظ عام يتناول الإفراد إذ فرض المسألة في معلوم، ولا من لوازمه، وليس في الإعارة والكتابة ذلك فإن لفظ المعير أعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلاً لا تبعاً ولا أصالة، وإنما ملك الإعارة لأنها تمليك المنافع. ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه لغيره، وإما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذراً من وقوع التغير به، والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان أحق بتصرف مايوصله إلى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب إلى ما يوصله إلى ذلك فكانت جائزة. وأما المنزل فلما كان شبيهاً بكل منهما أخذ حظاً من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر

باب الحقوق

قوله: **(فسره)** أقول: أي فسر كل واحد قوله: **(بكل حق هو له)** أقول: الباء للمصاحبة قوله: **(لأن المراد بالتبعية هاهنا)** أقول: تعليل لقوله ولا يشكل الخ. والحق أن يعمم لدخول المثل إذا ذكر ما يدل على توابع الشيء بحسب التوابع قوله: **(لأنه ليس بلفظ عام الخ)** أقول: تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور.

يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه، ولا تدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مبني على هواء

فيتأتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور، إذ ليس له صحن غير مسقف ولا إصطبل الدوابّ فلكون البيت دونه صلح أن يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص، وهو أن يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه، أو بكل حق له أو بمرافقه، ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة. والدار اسم لساحة أدير عليها الحدود وتشتمل على بيوت وإصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاسترواح ومنافع الأبنية للإسكان. ولا فرق بين كون الأبنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار، وكذا يدخل الكنيف الشارع. والكنيف هو المستراح، أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على إسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة؛ فعند أبي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها أو مرافقها أو بكل قليل أو كثير وهو فيها أو منها **(لأنه)** أي الظلة بتأويل الساباط **(مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه. وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل)** بلا ذكر زيادة، ولأن مفتحها إذا كان في الدار كانت تبعاً للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم: أي عرف أهل الكوفة **(أما في عرفنا يدخل العلو)** من ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتاً فوقه علو أو منزلاً كذلك، لأن كل مسكن يسمى خانة في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيراً كالبيت أو غيره إلا دار السلطان تسمى سراي قوله: **(ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً)** فيها **(أو مسكناً)** فيها **(لم يكن له الطريق)** في هذه الدار إلى ذلك المشتري **(إلا أن يشتريه بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير، وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكرها)** وفي المحيط: المراد الطريق الخاص في ملك إنسان، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل، وكذا ما كان له من حق تسييل الماء وإلقاء الثلج في ملك إنسان خاصة. وقال فخر الإسلام: إذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر

التوابع، ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه **(وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك)** أي الدار والبيت والمنزل، لأن كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو، وفيه نظر لأن الخلوّ وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل، ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وأنه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكاً بالعرف، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لأنه من توابعه، ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات في السكة ومفتحه في الدار، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان وفي المغرب. وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب إلا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند أبي حنيفة لأنه مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه. وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا: يعني من العبارات المذكورة لأنه من توابعه فشابه الكنيف. وقوله إن كان مفتحه في الدار يضعف قول قاضيخان في تعريف الظلة لأنه جعل المفتح في الدار. قال: **(ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق)** إلا أن يذكر إحدى العبارات الثلاث **(وكذا الشرب والمسيل)** لأنه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظراً إلى الأول، ودخل بذكر التوابع: أي بقوله كل حق نظراً إلى الثاني **(بخلاف الإجارة)** فإن الطريق تدخل استئجار الدور والمسيل والشرب في استئجار الأراضي وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لأن الإجارة تنعقد لتمليك المنافع، ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة والمهر الصغير، وبالانتفاع بالدار بدون الطريق وبالأرض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه. وأما البيع فلتمليك العين لا المنفعة، ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة والمهر، والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل

قوله: (ولا من لوازمه) أقول: أي من لوازم المعنى الموضوع له قوله: (يدخل العلو فيه تبعاً) أقول: فيه بحث، فإنه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلاً لا في المنزل تبعاً قوله: (إلا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق الخ) أقول: استثناء ناظر إلى قوله ولا تدخل الظلة، وقوله وهو راجع إلى ما في قوله ما ذكرنا.

الطريق فأخذ حكمه. وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف. قال: ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير، وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع، بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع فلا يتحقق إلا به، إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه، أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري عادة يشتريه، وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة، والله تعالى أعلم.

الحقوق لأنه ليس من هذه الدار فلا يدخل إلا بذكر الحقوق، إلا أن تعليله بقوله لأنه ليس من هذه الدار يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب. فالحق أن كلاً منهما لا يدخل، لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار إنما اشترى شيئاً معيناً منها فلا يدخل ملك البائع وملك الأجنبي إلا بذكره، ثم قال: فإن قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يردها بالعيب، وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة، فإن كانت للبائع يؤمر برفعها، وإن كانت لغيره كانت بمنزلة العيب، وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو سيل ماء، فإن كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة. وقوله: **(بخلاف الإجارة)** متصل بقوله لم يكن له الطريق: يعني في الإجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لأن المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الأشياء، والبيع ليس كذلك فإن المقصود منه في الأصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عيناً، بل إما كذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها فلم تتعين فائدة للبيع فلا يلزم، ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وإن لم ينتفع به في الحال، وكذا الأرض السبخة، ولا تصح إجارة ذلك. وفي الكافي: ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الإجارة، بخلاف ما لو اشترى علواً واستثنى الطريق يصح، ولو استحق العلو ثم أجيز البيع صح لأن القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية، ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لأنه بمقابلة المبيع، والمبيع البناء لا الساحة لأن حقه في الهواء. فإن قيل: ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقاً ولا مسيلاً وصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة، فعلى قياس ما ذكرتم في الإجارة ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق تحرياً لجواز القسمة كما أدخلتموها تحرياً لجواز الإجارة. أجيب بأن الفرق بينهما لأن موضع الشرب ليس مما تناولته الإجارة، وإنما يتوسل به إلى الانتفاع، والآجر إنما يستوجب الأجرة إذا تمكن المستأجر من الانتفاع؛ ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالأجرة وهذا بالانتفاع، أما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لأنهما كانا داخلين في الملك المشترك، فموجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه، فلو أثبتنا لأحدهما حقاً في نصيب الآخر تضرر به الآخر، ولا يجوز الإضرار دون رضاهُ، وإنما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق. واعلم أنه إذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه إحداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائة فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل، وفي القسمة إذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسييل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطولب بالفرق. والفرق أن البيع إيجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وإن لم يلزم فيه ذلك فما شرطه يتم مطلقاً. والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد، إذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة إلى القسمة، وإنما يتم هذا إذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان إلا برضا صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق.

عادة، ووحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور، وقد يستأجرها أيضاً، وقد تكون مقصودة التجارة فبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة.

باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها، وإن أقرّ بها لرجل لم يتبعها ولدها)

باب الاستحقاق

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لأنه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً، ولكن لما ناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقيبه قوله: **(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل)** فإن كان **(ببينة)** استحق ولدها معها وأرشها إن كان **(وإن)** كان **(ب)**مجرد **(إقرار)** المشتري **(له بها)** لا يستحق الولد بذلك **(ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة)** أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه **(فإنها كاسمها مبينة)** لما كان ثابتاً في نفس الأمر قبل الشهادة به لأن الشهود لا يتمكنون من إثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الأصل ولا القاضي، وإنما تظهر البينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تقف عند حد معين، ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما إذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فإنه يثبت أنه قضاء على الكل، ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لأن الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الأخير، كما لو ادعت في يد الأخير أنها حرة الأصل حيث يرجعون فالولد كان متصلاً بها في الزمان الذي ينسحب عليه إظهار البينة الملك فيكون له **(أما الإقرار فحجة قاصرة)** على المقرّ حتى لا يتعدى إلى غيره لأنه لا ولاية له على غيره، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالإقرار، وإنما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل بإثباته في الحال، والولد في الحال منفصل عنها، والإقرار إنما هو بها فقط فلا يتعدى إليه، وهذا التوجيه يقتضي أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له. وذكر التمرتاشي أنه إنما لم يكن للمقرّ له إذا لم يدعه، فلو ادعاه كان له لأن الظاهر أنه له، وإذا قلنا إن الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي بالأم هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضاً مقضياً به؟ قيل نعم كما أن ثبوت استحقاقه تبعاً **(وقيل)** لا، بل **(يشترط القضاء بالولد أيضاً)** لأنه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الأصح من المذهب، قال المصنف **(وإليه تشير المسائل)** التي ذكرها محمد رحمه الله، فإن محمداً قال: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا إذا كانت

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى. قال: **(ومن اشترى جارية فولدت عنده)** لا باستيلاده **(فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها)** وإن أقرّ المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها. ووجه الفرق ما ذكره أن البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة، ولهذا إذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلاً بها ويتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له. وأما الإقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار لأن الإقرار إخبار والإخبار لا بد له من مخبر به، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق

باب الاستحقاق

قوله: **(وأما البيع فلتمليك العين الخ)** أقول: مقتضى كلام المصنف أن كليهما يعقد الانتفاع، لكن الانتفاع في الإجارة لا يمكن بدونه بخلاف البيع فشرحه لا يطابق ظاهر المشروح. وأيضاً إن أراد بقوله لا المنفعة أنه ليس لتمليكها فقط فممنوع ولا يفيد، وإن أراد أنه ليس لتمليكها أصلاً فمسلم بل هو لتمليك العين والمنفعة أيضاً، والانتفاع بالمهر والأرض السبخة ممكن على ما ذكروه. ويدفع بأن يراد المنفعة في الحال فليتأمل فإن البيع من غيره ليس منفعة في الحال قوله: **(لا المنفعة)** أقول: يعني في الحال قوله: **(ووحد الضمير الخ)** أقول: أي وحد الضمير في قوله يشتريه أو في قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث، فإن توحيد الضمير لكونه للطريق يشهد بذلك قوله لا يشتري الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقايسة كما لا يخفى.

ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلاً بها فيكون له، أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار، وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له. ثم قيل: يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً، وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل، فإن القاضي

الزوائد في يد غائب لم تدخل، فحيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشتري القضاء بالولد بخصوصه. ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق البيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع، ولكن يوجب توقفه على إجازة المستحق وتبعه الجماعة، فاعترضه شارح بأن غاية ما في الباب أن يكون بيع فضولي: يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق، وفيه إذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد، وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا: يعني الموقوف المفسوخ لا تلحقه الإجازة. واستوضح بما في الفتاوى الصغرى: اشترى شيئاً ثم استحق من يده ثم وصل إلى المشتري يوماً لا يؤمر بالتسليم إلى البائع لأنه وإن جعل مقراً بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الإقرار. ثم قال: لا جرم له اشترى عبداً قد أقر نصاً أنه ملك البائع ثم استحق من يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل إليه يوماً يؤمر بالتسليم إلى البائع لأن إقراره بالملك له لم يبطل. ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى. وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور. وقوله إثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا إن أراد دليل عدم الرضا بالبيع فليس بلازم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجاناً، وذلك لأنه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فإثباته ليحصل أحدهما إما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع ويصل الثمن إليه، فظهر أن إثبات الاستحقاق ليس ملزوماً لعدم الرضا بالبيع، بل المحقق أنه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه. وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيداً له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل إليه، ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشتري ثم وصل إليه، ولا شك أنه إذا اتصل بإثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالمبيع وإلا لم يأخذ وأجازه فأين هذا من مجرد إثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه، والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا إله غيره ولا مرجو إلا خيره. وفي الذخيرة: مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على إجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى. واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال: قيل إذا قبض المستحق، وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه

من الأصل، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له: يعني إذا لم يدّع المقر له الولد، أما إذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له، كذا في النهاية نقلاً عن التمرتاشي. ثم إذا قضى بالأم للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً أم لا؟ قيل يدخل لتبعيته لها، وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لأنه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستبداً فلا بد من الحكم به، قيل وهو الأصح لأن المسائل تشير إلى ذلك. قال محمد رحمه الله: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم، وكذا الولد إذا كان في يد رجل غائب

قال المصنف: **(وقيل يشترط القضاء بالولد)** أقول: في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع، ولكن يوجب وقفه على إجازة المستحق انتهى. وفي غاية البيان خلاف ذلك. وفي الفتاوى للتمرتاشي ظاهر الرواية أنه لا ينفسخ، وقال ابن الهمام: وفي الذخيرة: ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق، ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى. واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال: قيل إذا قبض المستحق، وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح انتهى كلام ابن الهمام قوله: **(وهي مملوكة فيكون له)** أقول: الواو في قوله وهي حالية.

إذا لم يعلم بالزوائد. قال محمد رحمه الله: لا تدخل الزوائد في الحكم، فكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً.

قال: **(ومن اشترى عبداً فإذا هو حرّ وقد قال العبد للمشتري اشترني فإني عبد له، فإن كان البائع حاضراً أو**

بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح. وقال شمس الأئمة الحلواني: الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخاً للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء. وفي الزيادات: روي عن أبي حنيفة أنه لا ينتقص ما لم يأخذ العين بحكم القضاء. وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح انتهى. ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لأنه ذكر فيها أيضاً: إذا استحق المشتري فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال إقامة البينة على النتاج من البائع أو على تلقي الملك من المستحق ثابت إلا إذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى. يعني يلزم العجز عن إثبات ذلك، أو المراد أن يفسخ المستحق فإنه هو المالك، نعم لا شك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد أن قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجيز أنه ينفسخ فإن سكوته بعد الأخذ عن الإجازة قدر ما يتمكن فيه من الإجازة، ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع قوله: **(ومن اشترى عبداً)** أي اشترى إنساناً **(قال له اشترني فإني عبد فإذا هو حر)** أي فظهر أنه حرّ ببينة أقامها **(فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة)** أي يدري مكانه **(لا يرجع على العبد بشيء)** من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض **(وإذا كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد)** بما دفع إلى البائع من الثمن **(ورجع)** العبد **(على بائعه)** بما رجع المشتري به عليه إن قدر، وإنما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر في أدائه، بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقاً عليه بغير أمره فليس مضطراً فيه فإنه لا يرجع به، والتقييد بالقيدين لأنه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترني ولم يقل فإني عبد لا يرجع عليه بشيء **(ولو ارتهن عبداً مقراً بالرق فظهر حراً)** وقد كان قال ارتهني فإني عبد الراهن **(لم يرجع عليه)** أي على العبد **(على كل حال)** أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً يعرف مكانه أو لا يعرف، وهذا ظاهر الرواية **(عنهم. وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما)** أي في البيع والرهن **(لأن الرجوع بالمعاوضة)** وهي المبايعة هنا **(أو بالكفالة)** وليس واحد منهما ثابتاً **(بل)** الثابت **(ليس إلا)** مجرّد **(الإخبار كاذباً فصار كما لو قال أجنبي)** لشخص **(ذلك)** وكقول العبد **(ارتهني فإني عبد وهي المسألة المذكورة ثانياً. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره)** فكان مغروراً من جهته، والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض تجعل سبباً للضمان دفعاً للضرر بقدر الإمكان فكان بتغريره

فالقضاء بالأم لا يكون قضاء بالولد. قال: **(ومن اشترى عبداً فإذا هو حرّ الخ)** رجل قال لآخر اشترني فإني عبد فاشتراه فإذا هو حرّ فلا يخلو إما أن يكون البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة **(وإما أن يكون غائباً غيبة منقطعة لا يدري أين هو)** فإن كان الأول فليس له على العبد شيء، وإن كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع، وإن لم يقل إني عبد ليس على العبد شيء في قولهم، وإن قال ارتهني فإني عبد فوجده حرّاً لم يرجع المرتهن على العبد بحال: أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبة كانت. وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لأن الرجوع في هذا العقد إما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شيء منهما بموجود، وإنما الموجود هو الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية. ولهما أن المشتري اعتمد في شرائه على أمره بقوله اشترني وإقراره بالعبودية بقوله فإني عبد إذ القول قوله في الحرية، فحين أقرّ بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بأمر الغير، وإقراره مغرور

قوله: **(والإخبار لا بد له)** أقول: أي لصدقه قوله: **(من مخبر به)** أقول: يعني محقق قوله: **(أما إذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له)** أقول: لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق.

غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء، وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع، وإن ارتهن عبداً مقرّاً بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا

(ضامناً) لدرك **(الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه كالمولى إذا قال)** لأهل السوق **(بايعوا عبدي فإني قد أذنت له)** ففعلوا **(ثم ظهر استحقاق العبد)** فإنهم **(يرجعون على المولى بقيمة العبد)** ويجعل المولى بذلك ضامناً لدرك ما ذاب عليه دفعاً للغرور عن الناس **(بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه)** فلو هلك يقع استيفاء للدين، فلو كان معاوضة كان استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام، وإذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الأمر به ضماناً لأنه ليس تغريراً في عقد معاوضة، ولهذا قالوا: لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فإنه آمن فسلكه فنهب ماله لم يضمن، وكذا لو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات لا قصاص عليه، غير أنه استحق عند الله عذاباً لا يطاق **(وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله)** فالرجل هو الذي اغتر. قال المصنف **(ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى)** أي دعوى الحرية **(شرط)** في القضاء ببينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض، فإن دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه. فأجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى إن كانت بحرية الأصل **(فالدعوى ليست بشرط عنده)** كقولهما في دعوى الحرية مطلقاً **(لتضمنه تحريم فرج أمه)** على السيد وتحريم أخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطاً في حق الله تعالى كما في عتق الأمة حتى أن الشهود يحتاجون في شهادتهم إلى تعيين الأم والحرمات لا تحتاج في القضاء بها إلى الدعوى، وإذا لم تحتج إلى الدعوى لا يضر التناقض فيها**(وقيل هو)** أي الدعوى **(شرط)** مطلقاً في حرية الأصل ودعوى الإعتاق في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الأصل والعتق العارض **(لكن التناقض)** في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها، أما في حرية الأصل **(فلخفاء))** حال **(العلوق)** فإنه يسبى مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعي الحرية، وفي الإعتاق العارض فلأن المولى ينفرد به، ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدّعيه، والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه **(وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق)** الزوج إياها **(ثلاثاً قبل اختلاعها)** تقبل **(وكذا المكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة)** تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة إقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة. وذكر هنا مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق. وهي: رجل اشترى من آخر ثوباً فقطعه قميصاً وخاطه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي وأثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع، لأن الاستحقاق ما ورد على ملك البائع، لأنه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوباً فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب إلى الضامن، فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه، وإن ورد على ملك المشتري بعد ما صار إلى حال لو كان غصباً ملكه به

من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعاً للغرور بقدر الإمكان، كما في المولى إذا قال لأهل السوق هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر أنه حرّ فإنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور، وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته أهل للضمان فيجعل ضامناً للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للضرر ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه قوله: **(والبيع عقد معاوضة)** إنما صرح به مع كونه معلوماً من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيداً للجواب عن الرهن واهتماماً ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا: إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فإذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيئاً لما أنه غرور فيما ليس بمعاوضة، وكذلك لو قال: كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل

يرجع فيهما لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على ما أمره وإقراره أني عبد، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرور والضرر، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الآمر به ضامناً للسلامة كما هو

لا يرجع على البائع لأنه متيقن الكذب، ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بينة أنها له منذ شهر يقضي بها له ولا يرجع على بائعه، وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص، ولو كان أقام البينة أنه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن. وعلى هذا الجواب إذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق، ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع، وكذا إذا اشترى لحماً فشواه. ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة رجل آخر أن الرأس والأطراف واللحم والجلد له فقضى بها رجع المشتري على البائع لأن هذا استحقاق عين الشاة قوله: **(حقاً في دار)** أي مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت **(الدار إلا ذراعاً لم يرجع)** على الذي صالحه **(بشيء)** لتمكنه من أن يقول مرادي من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي أدعيه هذا الباقي **(ولو)** كان **(ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شيء رجع بحسابه، لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته، ودلت المسألة على)** أمرين: أحدهما **(أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز)** لأن الإبراء عن المجهول جائز عندنا **(لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة)** والآخر أن صحة الدعوى ليست شرطاً في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به، ولذا لو أقام به بينة لا تقبل، أما إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة.

فمات فظهر بخلافه لكونه تغريراً في غير المعاوضة، وإذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدلي الصرف والمسلم فيه. وإذا هلك يقع فيه الاستيفاء، ولو كان معاوضة لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام، وإذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضماناً للسلامة، وبخلاف الأجنبي فإنه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور. ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو أن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى، والعبد بعد ما قال اشترني فإني عبد إما أن يدعي الحرية أو لا، والأول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية. والجواب أن قول محمد فإذا العبد حر يحتمل حرية الأصل والحرية بعتاق عارض، فإن أراد الأول فله وجهان: أحدهما ما قاله عامة المشايخ أن الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الأم، لأن الشهود في شهادتهم محتاجون إلى تعيين الأم وفي ذلك تحريمها وتحريم أخواتها وبناتها، فإنه إذا كان حرّ الأصل كان فرج الأم على مولاه حراماً وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى، والدعوى ليست بشرط كما في عتق الأمة، وإذا لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعاً. والثاني ما قاله بعض المشايخ: إن الدعوى وإن كانت شرطاً في حرية الأصل أيضاً عنده لكن يعذر في التناقض الخفاء حال العلوق، وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفوّ كما نذكر، وإن أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء إذ المولى يستند به، فربما لا يعلم العبد

قال المصنف: **(وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما)** أقول: قوله فيهما: أي البيع والرهن، ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتهني من جعل الشيء مقيماً عليه لنفسه فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال: تقرير الكلام أما في الرهن فبالإجماع، وأما في البيع فلأن الرجوع الخ. وترك التفصيل للاعتماد على الفهم قال المصنف: **(بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ)** أقول: فيه بحث، فإن شئت فراجع آخر كتاب الحجر.

قوله: **(لتضمنه تحريم، إلى قوله: إلى تعيين الأم)** أقول: أنت خبير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضاً كما في تحريم فرج الأخوات والبنات، ولعل التعرض للاحتياج إلى التعيين لكون التضمن فيه أظهر قوله: **(والدعوى ليست بشرط)** أقول: أي في حرمة الفرج قوله: **(لم يكن التناقض مانعاً)** أقول: إذا ادعى الحرية ولا ينتفي شرط الحرية إذا لم تدع قال المصنف: **(وقيل هو شرط)** أقول: تذكير الضمير الراجع إلى الدعوى لكونها في تأويل أن يدعي، وهذا مطرد في المصادر المؤنثة أو في تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر قوله: **(قبل يوم أو يومين)** أقول: من وقع الخلع قوله: **(وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك)** أقول: إذ فرض المسألة فيما إذا لم يمكن القضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه.

موجبه، بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضامناً للسلامة، وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور. ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فإني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمته. ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده، والتناقض يفسد الدعوى. وقيل إذا كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم، وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وإن كان الوضع في الإعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة.

[فروع] إشترى شيئاً ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع، بخلاف الوكيل بالبيع إذا ردّ عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لأن النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول إذ لم يعلم عيبه ولا سلامته. ولو أقام المشتري بينة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه، فإن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع، فإذا ادعاه لغيره تناقض؛ بخلاف ما لو برهن على إقرار البائع أنه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه، وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الأصل وهي تدعي ذلك أو أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبّرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى. باع عقاراً ثم برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك، بخلاف الإعتاق؛ ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل، ولو برهنت أمة في يد المشتري الأخير أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل إلا من كان قبل فلان. اشترى شيئاً ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لأن الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما. ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لأنه يقرر القضاء الأول ولا ينقضه. ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض؛ ولو قضى للمستحق بعد إثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الأمة للبائع عند أبي حنيفة، وليس له أن يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطناً وظاهراً عنده، ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لأنه خصم؛ ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعها وهلك الثمن في يده يقبل، ولو استهلكه أورده لا يقبل، ولو أقرّ عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالإقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه. هكذا ذكر رشيد

إعتاقه ثم يعلم بعد ذلك، كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فإنها تقبل منها لأن الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت. وإنما قيد بالثلاث لأنه فيما دونه أمكن أن يقيم الزوج بينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين، وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك، وكذا المكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة. ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامة البينة على ما ادعياه. قال: **(ومن ادعى حقاً في دار)** من ادعى حقاً مجهولاً في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مئة درهم فاستحق الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي، وإن ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع بحسابه، إذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلاً عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لأن البدل يقسم على أجزاء المبدل **(ودلت المسألة على أن الصلح عن**

قال المصنف: **(ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز)** أقول: وسيجيء أيضاً في مسائل شتى من كتاب أدب القاضي. فحينئذ تصح وتقبل البينة.

قال: **(ومن ادعى حقاً في دار)** معناه حقاً مجهولاً **(فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء)** لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي. قال: **(وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه)** لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل، ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة، والله تعالى أعلم بالصواب.

الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه. وذكر في باب ما يكون إقرار من المدعى عليه من فتاواه المدعي، لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالإقرار لا بالبينة، لأن البينة إنما تقبل على المنكر لا المقر، وذكر في آخر كتاب الدعوى: ادعى عيناً في يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضي القاضي للمدعي ببينته أقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة أو بالإقرار، اختلف فيه المشايخ. بعضهم قالوا بالإقرار، وبعضهم قالوا بالبينة لأن المدعي حين أقام البينة كان المدعى عليه منكراً واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق بإقراره. قال: والأول أظهر وأقرب إلى الصواب، وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين إلا أن تخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وقصد القاضي إلى القضاء بإحدى الحجتين بعينها فيتحصل أنه إذا ثبت الحق بالبينة والإقرار ينبغي على ما جعله الأظهر أن يقضي بالإقرار وإن سبقته إقامة البينة، غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم إلى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع، ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرده إليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ. ولو أحبّ البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلاً لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط. قالوا: والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني، فإذا أقرّ على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضاً يرجع عليه بإقراره أنه باعه منه، والله أعلم.

المجهول على المعلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة) قالوا: ودلت أيضاً على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة، ولهذا لا تقبل البينة على ذلك إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تصح وتقبل البينة.

فصل في بيع الفضولي

قال: **(ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار، إن شاء أجاز البيع؛ وإن شاء فسخ)** وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة، لأن دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه، لأنه يتضمن إما دعواه أن بائعك باع ملكي بغير أمري لغصبه أو فضوله. وأحسن المخارج الملتمسة فيه فضوله، والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية فيه؛ فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر قوله: **(ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار، إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ)** وهو قول مالك وأحمد **(وقال الشافعي: لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية)** وصار كبيع الآبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم، وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية، وقال رسول الله ﷺ لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك»[(١)] قلنا: المراد البيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ، أو المراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم ذلك العقد، وذلك غير ممكن لأن الحادث يثبت مقصوراً على الحال، وحكم ذلك السبب ليس هذا، بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة. وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم: «يا رسول الله إن الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها، فقال ﷺ: لا تبع ما ليس عندك» وقال الكرخي: حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال: حدثنا الحسن بن القزاز قال: حدثنا سفيان عن شبيب بن غردقة سمعه من قومه عن عروة البارقي. وحدثنا إبراهيم قال: حدثنا ميمون الخياط قال: حدثنا سفيان بن شبيب بن غرقدة: حدثنا الحي عن عروة البارقي «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار، فدعا النبي ﷺ في بيعه بالبركة، فكان لو اشترى تراباً ربح فيه»[(٢)] وروي «أنه ﷺ دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ليشتري به أضحية، فاشترى شاة ثم باعها بدينارين،

فصـل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لأن بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق، لأن المستحق إنما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فإنما باعك بغير إذني فهو عين بيع الفضولي. والفضولي بضم الفاء لا غير، والفضل الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه، وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي، وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل، وفتح الفاء خطأ. قال: **(ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار الخ)** ومن باع **ملك** غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ، وهو مذهب مالك وأحمد في رواية. وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن أحمد: لم ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا، وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لأن الانعقاد لا يكون إلا بالولاية الشرعية. ولنا أنه تصرف تمليك، وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول

فصـل في بيع الفضولي

قوله: **(لأن بيع الفضولي صورة الخ)** أقول: لأن الاستحقاق قد يكون بالهبة قوله: **(لأن المستحق إنما يستحق الخ)** أقول: كلمة إنما لا تلائم قوله صورة من صور الاستحقاق قوله: **(لأنها بالملك أو بإذن المالك)** أقول: ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذينك.

---

(١) تقدم تخريجه مستوفياً في خيار العيب مع ذكر طرقه ومخارجه.

(٢) حديث عروة البارقي تقدم تخريجه مستوفياً في الأضحية.

الشرعية. ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده. إذ لا ضرر فيه للمالك مع

ثم اشترى شاة بدينار وجاء الشاة والدينار إلى النبي ﷺ، فأخبره بذلك فقال ﷺ: بارك الله لك في صفقتك؛ فأما الشاة فضحّ بها، وأما الدينار فتصدّق به»[1] وقولك لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، إن أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر، وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحة في الإجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله ممنوع، ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر، ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات. أما تحقق ما ذكرنا فإن المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله إلى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله إلى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها إذا كان مهماً له والعاقد يصون كلامه عن الإلغاء والإهدار بل وحصول الثواب له إذا نوى الخير لله تعالى من الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم. ولما كان هذا التصرف خيراً لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن في هذا العقد ثابتاً دلالة، إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلاً وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون، المستغرق وبأكثر من الثلث إذا كان المعقود عليه باقياً حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع، فهذا أصل لقياس صحيح. لا يقال: فإذا ثبت الإذن دلالة ينبغي أن ينفذ العقد. لأنا نقول: الثابت دلالة ما لا ضرر فيه، وذلك هو الانعقاد موقوفاً على رأي المالك فثبت بهذا القدر. فأما نفاذه بلا رأيه ففيه إضرار به، إذ قد لا يريد بيعه فيثبت، بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل، فإن الطير ليس بمملوك أصلاً قبله وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلاً للبيع، وبيع الآبق ينعقد فاسداً وهو عندنا مفيد للملك إذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال لحق الشرع فإنه أنزله كالمجنون فيما نحن فيه وإن كان عاقلاً إذ صح توكيله بذلك من غيره، وطلاق المرأة ضرر ظاهر فإن عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على إجازة وليه ولا على إجازته بعد البلوغ، بخلاف ما لو اشترى أو زوّج أمته فإن هذه التصرفات تتوقف على إجازة وليه أو إجازته بعد البلوغ. فإن قيل: يجب أن يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك. قلنا: لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقاً

بانعقاده، أما أنه تصرف تمليك من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك، وإنما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لأن التمليك من غير المالك لا يتصور. فإن قيل: تصرف التمليك شرع لأجل التمليك فإن المراد بالأسباب الشرعية أحكامها، فإذا لم يفد التصرف التمليك كان لغواً. فالجواب أن الحكم يثبت بقدر دليله، وهذا التصرف لما كان موقوفاً لما نذكر أفاد حكماً موقوفاً كما أن السبب الباتّ أفاد حكماً باتاً أو أن السبب إنما يكون لغواً إذا خلا عن الحكم، فأما إذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار، وأما صدوره من الأهل فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ، وأما المحل فإن محل البيع هو المال المتقوم، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم، ألا ترى أنه إذا باعه بإذن المالك جاز، والإذن لا يجعل غير المحل محلاً. وأما وجوب القول بانعقاده فلأن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمتنع إلا لمانع والمانع منتف لأن المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لأحد من المالك والعاقدين، أما المالك فلأنه مخير بين الإجازة والفسخ، وله

قوله: **(لأن التمليك من غير المالك لا يتصور)** أقول: فيه منع، فإن وصي اليتيم مثلاً ليس بمالك لمال اليتيم ويملكه بالبيع بالاتفاق. وأيضاً إذا كان إضافته من قبيل العلم إلى الفقه يكون قولنا تصرف في معنى تمليك إذ معناه حينئذ تصرف هو تمليك قوله: **(فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ)** أقول؛ الأولى هو القصر على العقل على ما سيجيء في المأذون ليشمل بيع الصبي العاقل الفضولي.

---

(١) تقدم في أواخر الجمع باب الأضحية.

تخييره، بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء،

بل هو مرجو فلا يلزم عدمه، وكون متعلق العقد مرجواً كاف في صحة التصرف. وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط، وإلا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يلغى، لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سبباً في الحال مضافاً أو عند الشرط كقولنا هذا. وقول المصنف **(تصرف تمليك)** من إضافة العام إلى الخاص كحركة الإعراب، والإضافة في مثله بيانية: أي تصرف هو تمليك وحركة هي إعراب، ولا حاجة إلى هذا القيد هنا لأن تصرفات الفضولي تتوقف عندنا إذا صدرت، وللتصرف مجيز: أي من يقدر على الإجازة سواء كان تمليكاً كالبيع والإجارة والهبة والتزويج والتزوج أو إسقاطاً، حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وانعقد، وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها، وكان الأحسن أن يقول تصرف شرعي، وأما القياس على الفضولي بالشراء ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي، وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال: بع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس، أما إذا قال الفضولي: اشتريت هذا لأجل فلان فقال بعت أو قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لأجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولي غير متوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذاً على المشتري فلا يتوقف لأنه أضيف إليه ظاهراً فلا حاجة إلى إيقافه إلى رضا الغير. وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه، بخلاف البيع لم يجد نفاذاً قوله: **(وله الإجازة)** أي للمالك **(إذا كان المعقود عليه باقياً)** وهو المبيع **(و)** كذا **(المتعاقدان)** وهما الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء أربعة: الثلاثة المذكورة، والمالك حتى لو مات لا تصح إجازة الوارث كما سنذكر، هذا فيما إذا كان الثمن ديناً: أي مما لا يتعين وهذا **(لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد)** الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه **(بقيام العاقدين والمعقود عليه)** وإنما لم يذكر المالك لأنه ذكر أن الإجازة منه وهو فرع وجوده. وفي الإيضاح. عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الإجازة فأخذت الإجازة حكم الإنشاء، ولا بد في الإنشاء من قيام الأربعة، وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لأن الملك لم ينتقل فيه وإنما ينتقل بعد الإجازة، ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن، وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لأنه يلزمه حقوق العقد بالإجازة ولا تلزم إلا حياً والمالك لأن الإجازة تكون منه لا من وارثه **(وإذا أجاز المالك صار)** المبيع ملكاً للمشتري **(والثمن مملوكاً له أمانة في يده)** أي في يد الفضولي، فلو هلك لا يضمنه **(كالوكيل فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة)** من حيث أنه بها صار تصرفه نافذاً وإن لم يكن من كل وجه فإن المشتري من المشتري إذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل، بخلاف الوكيل، وهذا بسبب أن الملك الباتّ إذا طرأ على الوقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف، ولهذا لو تزوجت أمة وطئها مولاها بغير إذنه فات قبل الإجازة توقف النكاح إلى إجازة الوارث لأنه لم يطرأ ملك باتّ للوارث في البضع ليبطل، وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد، بخلاف نحو ابن العم **(وللفضولي)** أي في البيع **(أن يفسخ قبل إجازة المالك)** حتى لو أجازه لا ينفذ لزوال

فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن، وأما الفضولي فلأن فيه صون كلامه عن الإلغاء، وأما المشترى فظاهر فثبتت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه المنافع. فإن قيل: القدرة بالملك أو بالإذن ولم يوجدا. أجاب عن ذلك منكراً بقوله كيف وأن الإذن ثابت دلالة، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع. فإن قيل: سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعاً لقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» وكذلك العجز عن التسليم؛ ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما؟ فالجواب أن قوله لاتبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو البيع الباتّ فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الإجازة ثابتة. والدليل على ذلك ما روى الكرخي في أول كتاب الوكالة قال: حدثنا إبراهيم قال: حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال: حدثنا سفيان عن شبيب بن

وفيه نفع المشتري فثبت للقدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه، كيف وإن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع، قال: **(وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما)** لأن الإجازة تصرّف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه، وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكاً له أمانة في يده بمنزلة الوكيل، لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعاً للحقوق عن نفسه، بخلاف

العقد الموقوف، وإنما كان له ذلك **(ليدفع الحقوق عن نفسه)** فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه **(بخلاف الفضولي في النكاح)** ليسّ له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل **(لأنه معبر محض)** أي كناقل عبارة، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق، وقد ثبت للمالك والوليّ حق أن يجيز، وكذا بالفعل كأن زوّج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجة أختها توقف العقد الثاني أيضاً، بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولاً أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فإن العقد الأول يبطل لطروء البات على الوقوف **(هذا)** الذي ذكرناه فيما **(إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عيناً)** بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض، وإذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشترياً بالعرض من وجه، والشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذاً فينفذ على الفضولي فيصير مالكاً للعرض، والذي تفيده الإجازة أنه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضاً عليك، فإن كان مثلياً فعليه مثله، وإن كان قيمياً كثوب أو جارية فقيمته، فيصير

غرقدة. قال: أخبرنا الحسن عن عروة البارقي: «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري أضحية، فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار، فدعا النبي ﷺ في بيعة بالبركة فكان لو اشترى تراباً ربح فيه» لا يقال: عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والشراء لأنه دعوى بلا دليل إذ لا يمكن إثباته بغير نقل، والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشتري له أضحية، ولو كان لنقل على سبيل المدح له. فإن قيل: هل يجوز شراء الفضولي كبيعه أو لا؟ أجيب بأن فيه تفصيلاً، وهو أن الفضولي إن قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لأجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف. وإن قال اشتريت منك هذا العين لأجل فلان فقال المالك بعت أو قال المالك بعت منك هذا العين لأجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذاً على المشتري حيث أضيف إليه ظاهراً فلا حاجة إلى الإيقاف على رضا الغير. وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل رضاه وشفاعته وغير ذلك، بخلاف البيع فإنه لم يجد نفاذاً على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتيج إلى الإيقاف على رضا الغير، وإلى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الإجازة قوله: **(وله)** أي للمالك **(الإجازة)**. اعلم أن الفضولي إما أن يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه، وإما أن يبيع بثمن عين، فإن كان الأول فللمالك الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما، فإن أجاز حال قيام الأربعة جاز البيع لما ذكر أن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك أمانة في يد الفضولي، وإن كان الثاني فيحتاج إلى قيام خمسة أشياء: ما ذكرنا من الأمور الأربعة، وقيام ذلك العرض أيضاً، والإجازة اللاحقة إجازة نقد بأن ينقد البائع ما باع ثمناً لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد، لأن العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له، وعليه مثل المبيع إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، لأن الثمن إذا كان عرضاً صار البائع من وجه مشترياً، والشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد لا يتوقف على الإجازة؛ وكما أن للمالك الفسخ فكذا

قوله: **(فالجواب أن قوله لا تبع نهي عن البيع الخ)** أقول: وإنما لم يجب لأن النهي يقتضي المشروعية كما سبق لأنه تجر إلى فساد البيع فليتأمل قوله: **(والقدرة على التسليم الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه ذكر في مسألة بيع الآبق إذا عاد من الإباق حيث لا يتم العقد في ظاهر الرواية، ويحتاج إلى عقد جديد أنه وقع باطلاً فإن جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل، فما قرره هنا مخالف لذلك إلا ليكون هذا مبنياً على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر.

الفضولي في النكاح لأنه معبر محض، هذا إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عرضاً معيناً إنما تصح الإجازة إذا كانا العرض باقياً أيضاً. ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي، وعليه مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً، لأنه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الإجازة ولو هلك المالك

مستقرضاً للجارية أو الثوب، والقرض وإن لم يجز في القيميات لكن ذلك إذا كان قصداً، وهنا إنما يثبت ضمناً مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضي وهو الشراء لا غير، كالكفيل بالمسلم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضاً حتى يرجع بقيمته إن كان ثوباً لأن الثوب مثلي في باب السلم، فكذا فيما جعل تبعاً له، فكذا هنا إذ لا صحة لشراء العبد إلا بقرض الجارية، والشراء مشروع فما في ضمنه يكون مشروعاً، هذا وإنما ينفذ الشراء على المشتري إذا لم يضفه إلى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر، فأما إن كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل. فإنه ذكر في شرح الطحاوي: ولو اشترى رجل لرجل شيئاً بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له أو لم يجز، أما إذا أضافه إلى آخر بأن قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فإنه يتوقف.

وقوله: **(ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث)** قدمنا الكلام فيه، وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحساناً لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة، وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم. ولو هلك المبيع قبل الإجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد، وإن هلك بعده فللمالك أن يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري، وأيهما اختار برىء الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكاً، فإذا ملكه من أحدهما لا يتصور تمليكه من الآخر، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لأن أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن، وإن اختار تضمين البائع نظر إن كان قبض البائع مضموناً عليه ينفذ بيعه لأن سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وإن كان قبض أمانة، وإنما صار مضموناً عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بالضمان لأن سبب ملكه تأخر عن عقده. وذكر محمد في ظاهر الرواية أنه يجوز البيع بتضمين البائع، وهو محمول على أنه سلمه أوّلاً حتى صار مضموناً عليه ثم باعه فصار كالمغصوب، هذا إذا باعه بثمن دين، فإن كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تلحقه إجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته إن كان قيمياً لأنه قبضه بعقد فاسد **(ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أوّلاً، وهو قول محمد)** رحمه الله **(لأن الأصل بقاؤه)** ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك

لكل من الفضولي والمشتري لأن حقوق العقد ترجع إلى الفضولي فله أن يتحرز عن التزام العهدة، بخلاف الفضولي في النكاح فإن فسخه قبل الإجازة باطل لأن الحقوق لا ترجع إليه وهو فيه معبر، فإذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبي. ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الإجازة انفسخ. ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين: أي فيما إذا كان الثمن ديناً أو عرضاً، لأنه توقف على إجازة المورّث لنفسه فلا يجوز لإجازة غيره. واستشكل بما إذا تزوجت أمة لرجل قد وطئها مولاها بغير إذنه فمات المولى قبل الإجازة وورثها ابنه فإن النكاح توقف على إجازة الابن، فإن أجاز صح وإلا فلا، فهذه فضولية وتوقف عملها على إجازة الوارث. أجيب بأن عدم التوقف لطريان الحل الباتّ على الحل الموقوف لأنه يبطله، وهاهنا لم يطرأ للوارث حل باتّ لكونها موطوءة الأب فيتوقف دفعاً للضرر عن الوارث إذ هو قائم مقام المورث، حتى لو لم تكن موطوءة الأب بطل نكاحها **(ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم)** حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول أبي يوسف أو لا وهو قول محمد، لأن الأصل بقاؤه، ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن

قال المصنف: **(وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه)** أقول: إذ الظاهر بقاء ما وجد.

لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين لأنه توقف على إجازة المورّث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره. ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أوّلاً، وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك.

قال: **(ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز)** استحساناً. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك، قال عليه الصلاة والسلام «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» والموقوف لا يفيد الملك، ولو ثبت في الآخرة يثبت مستنداً وهو ثابت من وجه دون وجه،

وقع في شرط الإجازة فلا يبت مع الشك قوله: **(ومن غصب عبداً فباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز المولى العبد البيع فالعتق جائز)** كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافاً، لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز، وإنما رويت أن العتق باطل؛ وقال محمد: بل رويت لي أن العتق جائز. وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحاً. وأقل ما هنا أن يكون في المسألة روايتان عن أبي حنيفة. قال الحاكم الشهيد: قال أبو سليمان: هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه، وسيجيء إن شاء الله تعالى. قالوا: وقول محمد قياس. وقول أبي حنيفة استحسان. وجه قول محمد أنه لا عتق بلا ملك بقوله ﷺ: **(«لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»**[1] **والموقوف لا يفيد الملك)** وقت العتق **(ولو ثبت في الآخرة)** أي عند الإجازة **(ثبت مستنداً وهو ثابت)** وقت العتق **(من وجه دون وجه، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا)** من هذا الحديث وقد سلف تخريجه[2] **(ولهذا)** أي لأجل أن الشرط الملك الكامل **(لا يصح أن يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري)** يشرط **(الخيار للبائع ثم يجيز البائع)** البيع **(وكذا لا يصح بيع**

الشك وقع في شرط الإجازة. وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك. فإن قيل: الشك هو ما استوى طرفاه وهاهنا طرف البقاء راجح إذ أصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وهاهنا لم يتيقن. أجيب بالاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة، ونحن هاهنا نحتاج إلى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة. قال: **(ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري)**. قيل جرت هذه المحاورة في هذه المسألة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب. قال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز، وإنما رويت أن العتق باطل. وقال محمد: بل رويت أن العتق جائز. وصورتها ما ذكره في الكتاب **(ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى لبيع والعتق جاز استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»** لا ملك هاهنا، لأن **(الموقوف لا يفيد الملك)** في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند، وهو ثابت من وجه وذلك غير مصحح للإعتاق **(إذ المصحح له هو الملك الكامل)** المدلول عليه بإطلاق ما روينا، ولا يشكل بالمكاتب فإن إعتاقه جائز، وليس الملك فيه كاملاً لأن محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه، واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله: **(ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان)** وهو راجع إلى قوله لأنه لا عتق بدون الملك. وقوله: **(ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع)** وهو راجع إلى قوله والموقوف لا يفيد الملك.

قوله: **(لأن محل العتق هو الرقبة الخ)** أقول: تعليل لقوله ولا يشكل الخ قوله: **(ولهذا لا يصح أن يعتق الخ)** أقول: وعندي معنى قوله ولهذا أي ولكون المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند.

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وغيرهما وتقدم في كتاب العتق مع ذكر طرقه والكلام عليه باستيفاء والله أعلم.

(٢) هو المتقدم.

والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان، ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك، وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان، وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان. ولهما أن الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك، ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه فصار كإعتاق المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح،

المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أن البيع أسرع نفاذاً) من العتق **(حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان)** بعد أن باع **(وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان)** ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى إذا أجيز لا يقع على المرأة، وكل من الطلاق والعتق في الحاجة إلى الملك على السواء، وكذا إذا جعل فضولي أمر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض، فإن طلقت نفسها الآن طلقت حينئذ وإلا لا **(ولهما أن الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر)** أول الباب **(فيثبت الإعتاق موقوفاً مرتباً عليه ثم ينفذ بنفاذه)** ومطلق بفتح اللام، واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لأن ذلك ليس بتصرف مطلق إذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتاً ولا موقوفاً، وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح، وبموضوع لإفادة الملك عن الغصب؛ فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان، على أن الغصب ليس سبباً موضوعاً لإفادة الملك إنما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية أن يعتبر سبباً لا أنه وضع سبباً فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى إلى الزوائد المنفصلة، بخلاف البيع إذا أجيز يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة. وأما بيع المشتري من الغاصب فإنما لا يصح منه لبطلان عقده بالإجازة، فإن بها يثبت الملك للمشتري باتاً، والملك الباتّ إذا ورد على الموقوف أبطله. وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لأنه لا يتصور اجتماع الباتّ مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه الباتّ، وإلا فقد كان فيه ملك باتّ وعرض معه الملك الموقوف **(وصار كإعتاق المشتري من الراهن)** فإنه يتوقف بالاتفاق على إجازة المرتهن أو فك الرهن، والجامع أنه إعتاق في بيع موقوف **(وكإعتاق الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ إذا قضى الدين. وأما)** عتق المشتري من الغاصب **(إذا أدى الغاصب الضمان)** فنقول **(ينفذ)** كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف. ذكر فيمن غصب أرضاً فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه وعلى طريقة الاستحسان فالعتق أولى، وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالأصل فيه أن

وقوله: **(وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب)** يعني أن المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني، فكذا إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق؛ ألا ترى أن الغاصب إذا باع ثم ضمن نفذ بيعه؛ ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه، وإذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذاً فلأن لا ينفذ غيره أولى قوله: **(وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك)** فيه **(ثبت موقوفاً)** والإعتاق يجوز أن يثبت موقوفاً على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه، أما أنه ثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لإفادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر، وأما أنه موقوف فلما تقدم، وأما أن الإعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على إعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه إعتاقاً في بيع موقوف وبالقياس على إعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون فإنه يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه إعتاقاً موقوفاً في ملك موقوف، وهذا أبعد من الأول ذكره المصنف رحمه

قال المصنف: **(ولهما أن الملك موقوفاً الخ)** أقول: لعلهما يقولان في الجواب عن تعلقه بالحديث أن المراد بالعتقد هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكاً تاماً وإن عمم العتق للنافذ وغيره يعمم الملك أيضاً بلا فرق فليتأمل قوله: **(وهذا أبعد من الأول الخ)** أقول: لأن في الأول البائع مالك لرقبة المبيع والوقف لحق المرتهن.

وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك، بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك، وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق، وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً، وبخلاف بيع المشتري من الغاصب إذا باع لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات، فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله، وأما إذا أدّى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الأصح.

كل تصرف جعل شرعاً سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً وإلا احتجنا إلى أن نجعله سبباً في الحال متأخراً حكمه إن أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سبباً في الحال، فإذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد. وأما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستنداً فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة. وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سبباً لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له إذا ثبت، وهذا لأنه لا يثبت لأجل صحة الطلاق مقصوداً لأن شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك إلا بناء على ثبوت المقصود أو لا وهو منتف هنا، فلو ثبت لكان ليس إلا لصحة وقوع الطلاق، بخلاف ملك اليمين فإنه يجوز أن ينعقد مقصوداً لصحة العتاق، والمراد من قوله ﷺ «لا عتق» الحديث النافذ في الحال، وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فإنا لم نوقعه قبل الملك. فحاصل الخلاف كما قال الإمام القاضي يرجع إلى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الإعتاق لا في ملك فيبطل، كما لو باعه المشتري من الغاصب، وعندهما يوجبه موقوفاً لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه،

الله للاستظهار به، واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار، وبقوله موضوع لإفادة الملك عن الغصب فإنه ليس بموضوع لإفادة الملك، وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة، فإن إعتاق الغاصب إنما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك. قال في النهاية: وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فإنه يرد عليه أن يقال: لما كان غير موضوع لإفادة الملك. وجب أن لا ينفذ بيعه أيضاً عند إجازة الملك كما لا ينفذ عتقه عند إجازة المالك لما أن كلا من جواز البيع وجواز العتق محتاج إلى الملك والملك هنا بالإجازة، ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال: وهذا بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة، لأن المستبد به حكم الملك لا حقيقة الملك، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وهاهنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة، ولو قدّر في كلام المصنف مضاف: أي غير موضوع لإفادة حقيقة الملك لتساوي الكلامان على أنه ليس بوارد لأن البيع لا يحتاج إلى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده قوله: **(بخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع)** جواب عن المسألة الثانية فإن البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام، فإن قوله على أني بالخيار مقرون بالعقد نصاً، وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سبباً قبل وجود الشرط فينعقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله قوله: **(وبخلاف بيع المشتري من الغاصب)** جواب عن الثالثة. ووجهه ما قال لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك باتّ فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك الباتّ والموقوف على محل واحد. وفيه بحث من وجهين: الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً وإن طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على

قوله: **(ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة)** أقول: إلى هنا كلام صاحب النهاية قوله: **(بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده)** أقول: يعني الغصب يفيد حكم الملك قوله: **(الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان الخ)** أقول: إنما قال: ثم أدى الضمان لأنه لو ملك الغاصب المغصوب من جهة المالك ببيع أو هبة أو إرث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لأن الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله، كذا في فتاوى التمرتاشي في باب بيع عبد غيره.

قال: **(فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز المولى البيع فالأرش للمشتري)** لأن الملك قد تم له من وقت الشراء، فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد، والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق

وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد إن المصحح للإعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع. ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج إلى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك قوله: **(فإن قطعت يد العبد)** أي عند المشتري من غاصبه. وحاصل وجوه هذه المسألة المذكورة أن من غصب عبداً فباعه، فإما أن يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب، وإما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للأرش فأخذ أرشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب، وإما أن لا يكون أحد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع، وإما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز، فهي أربعة فروع تتفرع على إجازة بيع الغاصب: أولها ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها. والثاني ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد أن جنى على العبد جناية فأخذ أرشها فإن الأرش يستحقه المشتري من الغاصب لأن قطع يده لا يمنع صحة الإجازة إذا لم يفت المعقود عليه بقطعها. بخلاف موته فإذا لحقته الإجازة ظهر أنه قطع في ملكه فيستحق أرش يده لما ذكرنا من أن البيع موضوع سبباً للملك، بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فإنه لا يكون له الزوائد لأن الغصب لم يوضع سبباً للملك وإنما يثبت الملك مستنداً لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم **(يتصدق)** هذا المشتري **(بما زاد)** من أرش اليد **(على نصف الثمن لأنه)** أي ما زاد على نصف الثمن **(لم يدخل في ضمانه)** لما ذكرنا أن اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن، فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وهذا لأن أرش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته، وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن

ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف. والثاني أن طروء الملك الباتّ على الموقوف لو كان مبطلاً له لكان مانعاً عن الموقوف لأن الدفع أسهل من الرفع، لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فإن ملك المالك باتّ فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك. وأجيب عن الأول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي، والمنع إنما يكون بعد الوجود، أما المالك إذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك باتّ فأبطل الموقوف لما ذكرنا أن الملك الباتّ والموقوف لا يجتمعان في محل واحد، وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع، وفي الحقيقة هو مغالطة فإن كلامنا في أن طروء الملك الباتّ يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئاً حتى يتوجه السؤال. وقوله: **(أما إذا أدى الغاصب الضمان)** جواب عن الرابعة. وتقريره: أما إذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم أن إعتاق المشترى منه لا ينفذ بل ينفذ، كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال: ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى. قال المصنف: وهو الأصح، ولئن سلم فنقول: هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه، وهاهنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكاً له حقيقة فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد.
قال: **(فإن قطعت يد العبد الخ)** إذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري أرشها ثم أجاز المالك البيع فالأرش للمشتري لأن الملك بالإجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لأن سبب الملك هو العقد وكان تاماً في نفسه، ولكن

قوله: **(والمنع إنما يكون بعد الوجود)** أقول: فسر العلامة الكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله: أي بعد وجود التعارض، ومنه يتنبه لدفع الشارح فتنبه قوله: **(وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع الخ)** أقول: وفيه بحث، فإن توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن أن يخفى على أحد لاسيما إذا نظر إلى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد قوله: **(فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى)** أقول: الوقف تحرير الأرض، كما أن العتق تحرير العبد، ولعل الأولوية من حيث أن لزوم الوقف يحتاج إلى أمور غير لفظ وقفت بخلاف الإعتاق.
قوله: **(وقيل بخلاف الإعتاق)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله: **(وهذا أقرب)** أقول: أي معنى وإن كان أبعد لفظاً.

الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى، فكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري، بخلاف الإعتاق على ما مر. **(ويتصدق بما زاد على نصف الثمن)** لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك. قال: **فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به، بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر.**

فلا يطيب له الفضل لأنه إنما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهاً آخر وهو أن **(فيه شبهة عدم الملك)** لأن الملك في الأرش يثبت يوم القطع مستنداً إلى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك، وأورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل، لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد. ولو قيل شبهة عدم الملك إنما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن إلا بانفراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقاً فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إذ لا تفيد شيئاً.

ووزع في الكافي الوجهين فقال: إن لم يكن العبد مقبوضاً وأخذ الأرش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن، لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه، ولو كان أخذ الأرش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود: أي الملك حقيقة وقت القطع، وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه. ولو كان المشتري من الغاصب أعتق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرش للعبد. قال المصنف: وهذه أي هذه المسألة. وفي بعض النسخ هو **(حجة على محمد)** يعني كون الأرش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه إعتاق المشتري من الغاصب إذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه إعتاق في ملك موقوف، وهذا استحقاق أرش مملوك بملك موقوف **(والعذر له)** أي جوابه بالفرق **(بأن الملك من وجه)** يكفي لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ أرشها ثم عجز فـ**(رد في الرق فإ)**ن **(الأرش للمولى)** مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه **(وكذا إذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البائع البيع)** يكون **(الأرش للمشتري بخلاف الإعتاق على ما مر)** حيث لا يكفي فيه إلا الملك من كل وجه، والثالث من الفروع ما ذكره بقوله **(فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول)** أي بيع الغاصب **(لم يجز البيع)** أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر **(لما ذكرنا)** يعني قوله لأن الإجازة تثبت للبائع ملكاً باتاً إلى آخره **(ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول)** أي بيع الغاصب **(بخلاف الإعتاق عندهما)** أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف **(فإنه)** أي الإعتاق

امتنع ثبوت الملك له المانع وهو حق المغصوب منه، فإذا ارتفع بالإجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء فتبين أن القطع حصل على ملكه فيكون الأرش له، وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فإن لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها، لأن ملكه بقي متقرراً فيها، والكسب والأرش والولد لا يملك إلا بملك الأصل. واعترض بما إذا غصب عبداً فقطعت يده وضمنه الغاصب فإنه لا يملك الأرش وإن ملك المضمون، وبالفضولي إذا قال لامرأة أمرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطليق وإن ثبتت المالكية لها من حين التفويض حكماً للإجازة. وأجيب عن الأول بأن الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف

قوله: **(إذا المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشترياً آخر)** أقول: فيه تأمل قوله: **(لغرر الانفساخ فلم ينعقد)** أقول: منظور فيه، فإن الشراح صرحوا في كتاب الإكراه أن المغصوب منه إذا أجاز بيعاً من البيوع لو تناسخت المغصوب العقود نفذ ما أجازه خاصة، ولو لم ينعقد لما نفذ قال المصنف: **(فإن لم يبعه المشتري فمات في يده)** أقول: قال الإتقاني: لم يذكر محمد هذه المسألة في الجامع الصغير ولكن ذكروها في شروحه، وصاحب الهداية أيضاً ذكرها تفريعاً انتهى. فلا يكون قوله قال محمد في محله لما ذكره الإتقاني نفسه في أول باب الوطء الذي يوجب الحد أن كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محمداً أو القدوري.

قال: (**فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز**) لما ذكرنا أن الإجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل، إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقياً ببقاء البدل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبدل فتحقق الفوات، بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه.

قال: (**ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو ربّ العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته**) للتناقض في الدعوى، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته، والبينة مبنية على صحة الدعوى (**وإن أقرّ البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك**) لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار،

(**لا يؤثر فيه غرر**) الانفساخ بدليل أن المشتري لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز، ولو باعه لا يجوز. وقد روي عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الإعتاق. واستشكل هذا التعليل بأنه شامل لبيع الفضولي مطلقاً غاصباً أو غير غاصب، إذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الإجازة، ومع ذلك ينعقد موقوفاً وتلحقه الإجازة. أجيب بأن هناك معارضاً لغرر الانفساخ مرجحاً عليه، وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر، وليس مثله ثابتاً في البيع الثاني لأنه لم يملكه المشتري الأول حتى يطلب مشترياً آخر فتجرد البيع الثاني عرضة للانفساخ فلم ينعقد أصلاً، وإنما وجب تقديم ذلك المعارض لأنه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلاً، لأن كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصاً في المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانعاً غرر الانفساخ الذي لم يشبه نفع. وفرق العتابي بغير هذا بين إعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالإجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالإجازة بأن العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكماً، والمقرر للشيء من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقفه والبيع إزالة له بلا إنهاء فكان ضداً محضاً لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه. والدليل على الفرق بينهما أن المشتري إذا أعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان، ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع. والرابع ما ذكره بقوله (**فإن لم يبعه المشتري و**) لكن (**مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات**) وهذا (**في الموت**) ظاهر (و) أما (**في القتل**) فلم لم يعتبر إيجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقياً ببقاء بدله فتصح الإجازة كما في البيع الصحيح إذا قتل فيه العبد قبل القبض فإن البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت، بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله، وبين أن يفسخه فيصير إلى البائع فدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكاً يقابل بالبدل لأنه ملك موقوف، والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح قوله: (**ومن باع عبد غيره بغير أمره**) قوله بغير أمره وإن وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسألة، بل صورتها: باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بينة على إقرار البائع أن لم يأمره مالكه ببيعه. أو أقام على قول ربّ العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فإن هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى، إذ الإقدام على الشراء دليل دعواه صحته، وأنه

وهي تندفع بثبوته من وقت الأداء فلا يملك الأرش لعدم حصوله في ملكه. وعن الثاني بأن الأصل أن كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقاً بالشرط لا سبباً من وقت جوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب إلا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فإنه يعتبر سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه إلى وقت الإجازة. فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة فعندها يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة، وهذه أي كون الأرش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الإعتاق في الملك الموقوف لما أنه لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الأرش عند الإجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعذر: أي الجواب له عن هذه الحجة أن الملك من وجه كاف لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم ردّ رقيقاً فإن الأرش للمولى، وكما إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فإن الأرش للمشتري لثبوت

وللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما، فلهذا شرط طلب المشتري. قال رحمه الله: وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدّق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل. وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري. وفي تلك المسألة في يد غيره وهو المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشتري.

يملك بيعه ودعواه إقراره بعدم الأمر يناقضه، إذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة يبنى على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل؛ ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الأمر فالقول لمن يدعي الأمر لأن الآخر مناقض، إذ إقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الأمر، بخلاف الآخر، ولذا ليس له أن يستحلفه لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة، ذكره في شرح الزيادات، بخلاف ما لو أقرّ البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان، والرد أن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الأقرار ولذا صح إقراره بالشيء بعد إنكاره إياه، إلا أن الإقرار حجة قاصرة: يعني إنما ينفذ في حق المقر خاصة، فإذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضاً باتفاقهما لا بمجرد إقرار البائع، والمراد بفسخ القاضي أنه يمضي إقرارهما لا أن الفسخ يتوقف على القضاء أو فروعها أن صاحب العبد إذا حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر، وإن كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن إقدامهما إقرار منهما بالأمر فلا يعمل رجوعهما في حقه، ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له، ويبطل عن المشتري الثمن للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري للآمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد، ويملك الإقالة بغير رضا الآمر، وعلى قول أبي يوسف لا يملك قوله: (**وذكر في الزيادات**) إلى آخره. صورة مسألة الزيادات: اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصماً لأنه يدعيها لنفسه، فإن أقرّ بها للمدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه، لأن إقراره بها له لا يكون حجة على البائع، وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول لأن نكوله ليس حجة على غيره لأنه كإقراره. فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب يحدث مثله بإقراره لا يلزم الموكل، وإن رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة، لأن المشتري مختار في النكول لأنه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك، ولو كان مضطراً فالاضطرار إنما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير، أما الوكيل فمضطر في النكول إذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فإن غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك. ولو قال المشتري أنا أقيم البينة أنها للمستحق لا رجع على البائع لا يلتفت إليه لأنه مناقض في دعواه، لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع وبصحة البيع، وبهذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون. رجل اشترى عبداً وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البينة أن البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع

الملك من وجه، بخلاف الإعتاق: يعني لا ينفذ إعتاق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع على ما مر، وهو قوله وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده، كذا في النهاية. وقيل بخلاف الإعتاق متعلق بقوله إن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش: يعني أن إعتاق المشتري من الغاصب بعد الإجازة لا ينفذ عند محمد لأن المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه، وقوله: (**على ما مر**) إشارة إلى قوله والمصحح للإعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب، ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه لأن أرش اليد الواحدة في الحرّ نصف الدية. وفي العبد نصف القيمة، والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن، فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستنداً إلى وقت البيع، وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به. وفي الكافي: إن لم يكن المبيع مقبوضاً وأخذ الأرش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن، لأن العبد قبل القبض لم يدخل المبيع مقبوضاً وأخذ الأرش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن، لأن

. . . .

أنه مناقض ساع في نقض ما تم به. والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد: إذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع أنه مناقض ساع في نقض ما تم به. وفرق؛ أما في مسألة الواهب فالفرق أن تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد، والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى. وعندي أن هذا غير صحيح لأن التناقض إنما قبل في دعوى الحرية لأنهما مما قد يخفى على المتناقض المدعي بها بعد إقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلاً، والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته. وأما في مسألة المأذون فبأنه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على إقرار البائع أنه ملك الغائب لأن البيع إقرار من البائع بانتقال الملك إلى المشتري. ثم مسألة الاستحقاق لو أقامها على إقرار البائع أنها للمستحق قبلت لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع بإقراره، وهو خص في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو إقرار البائع، ولو كان مناقضاً فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا تصديق الخصم. ويجوز أن تقبل البينة على إقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق، كما قال علماؤنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البينة أنه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول إليه من جهة الغائب. ولو أقامها على إقرار المدعي تقبل وإن لم يدع الوصول إليه من جهته. وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسألة الجامع المذكورة في الهداية، وهو أنه لا تقبل بينة المشتري على إقرار البائع أنه لم يأمره، كما لا تقبل على دعواه أنه لم يأمره بأنه وضع المسألة في الجامع فيما إذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر، وسلامة البيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعياً حق الرجوع. وفي الزيادات: وضع فيما إذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعياً لنفسه حق الرجوع، قال: ولا يقال في مسألة المأذون المبيع في يد المشتري، ومع هذا قبلت بينته. لأنا نقول ذلك محمول على ما إذا أخذ العبد من يده، وهذا هو فرق المصنف، وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزيادات أيضاً في أن الجارية في يد المشتري كما أسمعتك، فالأولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسألة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع، أما إذا أقامها على إقراره بعد البيع أن ربّ العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لأن إقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه إقرار البائع بعدم الأمر قبل البيع، ولا يناقض دعواه إقراره بعدم الأمر

العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه، ولو كان أخذ الأرش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع، وإنما يثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه، وهذا كما ترى توزيع الوجهين في الكتاب على الاعتبارين. قال: **(فإن باعه المشتري من آخر الخ)** يعني إن باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا أن بالإجازة يثبت للبائع ملك باتّ، والملك الباتّ، إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به. قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما وأن لا يجيز، ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفاً. وأجيب أن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم؛ فبالنظر إلى الغرر يفسد، وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملاً بهما. لا يقال: الغرر محرم فترجح لأن الصحة في العقود أصل فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقاً يستلزم اعتبار التروك إجماعاً، وهو أن لا يصح بيع أصلاً لا سيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض، وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم. عما يعارضه إذ المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشترياً آخر فتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الإعتاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأنه لا يؤثر فيه الغرر؛ ألا ترى أن البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الإنفساخ، والإعتاق قبل القبض يصح. قال: **(فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل)** أي فإن لم يبعه المشتري من الغاصب فمات

قال: **(ومن باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع)** عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول

بعد البيع. قال: ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضاً فتقع الغنية عن التفرقة بين المسألتين انتهى. وقيل مسألة الجامع محمولة على إقرار البائع أو ربّ العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الإقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت. ومما يناسب المسألة: باع عبد غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد: تقبل بينته ويبطل البيع الأول. ومن فروع مسألة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع أن الأمة للمستحق أو ليست له؟ أجابه القاضي إلى ذلك لأنه يدعي أنه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن بإقراره، فيسأله القاضي فإن أقرّ بذلك ألزمه الثمن، وإن أنكر وطلب المشتري تحليفه أجابه القاضي إلى ذلك. فمنهم من قال إنما يحلفه لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى، فإنه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لأن شراءه إقرار منه بصحته ودعواه أنه ملك المستحق إنكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته، وكما لا تقبل البينة إلا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف إلا بعد دعوى صحيحة. دل عليه ما في المأذون: اشترى عبد شيئاً ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فأراد العبد أن يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه، وإن أقرّ به البائع يلزمه. وذكر في الجامع أن المشتري لو أراد استحلاف البائع أنك ما بعته من فلان قبل أن تبيعه مني لم يكن له ذلك، وإن أقر به البائع يلزمه. والجواب أن في

في يده أو قتل **(ثم أجاز المالك البيع)** أي بيع الغاصب **(لم يجز)** بالاتفاق **(لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات)** بالموت والقتل لامتناع إيجاب البدل للمشتري بالقتل، فلا يعد باقياً ببقاء البدل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبدل لأن ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح أن يكون مقابلاً بالبدل **(بخلاف البيع الصحيح)** فإنه إذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ **(لأن ملك المشتري ثابت باتّ فأمكن إيجاب البدل فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه)** وهو القيمة والمشتري بالخيار، فإن اختار البدل كان البدل للمشتري. قال: **(ومن باع عبد غيره بغير أمره)** رجل باع عبد غيره بغير أمره فقال المشتري أرد البيع لأنك بعتني بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك **(فأقام المشتري البينة)** أن رب العبد أو البائع أقرّ أنه لم يأمر البائع ببيعه **(لا تقبل بينته)** لأنها تبتنى على صحة الدعوى فإن صحت الدعوى صحت البينة وإلا فلا وهاهنا بطلت الدعوى **(للتناقض)** لأن إقدام المشتري دليل على صحة الشراء وأن البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك أنه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وأن البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة **(وإن أقرّ البائع بذلك)** أي بأنه باعه بغير أمره **(بطل البيع)** إن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقرّ به صح إقراره، إلا أن الإقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير، فإذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز أن ينقض. وذكر المصنف رحمه الله مسألة الزيادات نقضاً على مسألة الجامع الصغير. وتصويرها ما قيل: رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم أقام البينة على البائع أنه أقر بأن المبيع لهذا المستحق تقبل البينة وإن تناقض في دعواه. قال: **(وفرقوا)** أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات **(بأن العبد في هذه المسألة)** أي في مسألة الجامع الصغير **(في يد المشتري)** فيكون المبيع سالماً له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لأن شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع **(وفي تلك)** أي مسألة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالماً للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه. قيل في هذا الفرق نظر لأن وضع المسألة في الزيادات أيضاً في أن العبد في يد المشتري. ولئن سلمنا أنه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى. والأولى أن يقال: إن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلم تقبل التناقض. وفي مسألة الزيادات أقام البينة على الإقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة. قال صاحب النهاية: ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر، وفيه نظر لأن التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء، ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقرّ بذلك ويشهدون به، ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم، والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه. وما قيل إن التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه

أبي يوسف رحمه الله آخراً، وكان يقول أولاً: يضمن البائع، وهو قول محمد رحمه الله، وهي مسألة غصب العقار

مسألتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لأنه لا ينكر العقد أصلاً ولا الثمن، فإن بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الإقرار من حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجه دون وجه، فعلناه مناقضاً في حق البينة ولم نجعله مناقضاً في حق اليمين ليكون عملاً بهما، والعمل على هذا الوجه أولى لأن البينة حجة متعدية، فلو لم نجعله مناقضاً في حقها يلزمنا أن لا نجعله مناقضاً في حق اليمين بطريق الأولى، بخلاف مسألة المأذون لأن العبد منكر لحكم العقد أصلاً، لأن شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضاً من كل وجه، وبخلاف مسألة الجامع لأن ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة، وهذا على طريق الموافقة للمصنف في الفرق قال: ولو لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الأصل، فإن أقرّ المشتري بذلك أو استحلف فنكل وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع. أما حرية الجارية فلأنها كانت له من حيث الظاهر فصح إقراره ولا يرجع على البائع لأن نكوله وإقراره حجة عليه دون غيره. منهم من قال قوله فاستحلف فنكل غلط من الكاتب لأن الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة، وعندهما يجري إلا أن اليمين تكون على الأمة وسلبت فانقادت لذلك فانقيادها كإقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشتري لأن الظاهر شاهد له، فلو أن المشتري أقام البينة على البائع أنها حرة قبلت بينته ويرجع عليه الثمن. فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين: أحدهما أنه ليس بمناقض في فصل الحرية لأنه فيها يظهر بينته أنه أخذ الثمن بغير حق، وذلك دين عليه لأن الحرية تنفي انعقاد العقد وملك اليمين للبائع، فكانت البينة مظهرة أن إقدامه على الشراء لم يكن إقراراً بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض. أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع، فلو قبلنا بينة المشتري أنها للمستحق لا يظهر ببينته أنها للمستحق لأن إقدامه على الشراء إقرار بملك اليمين للبائع، ومع بقاء ذلك الإقرار يتحقق التناقض ويصير مكذباً شهوده ساعياً في نقض ما تم به. والوجه الثاني أنه مناقض في الفصلين، إلا أن هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى، كما لو تزوج امرأة ثم أقامت البينة أنها أخته من الرضاع أو أقامت البينة أنه طلقها ثلاثاً ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره، وكذا لو أعتق عبده على مال ثم أقام العبد البينة أنه أعتقه قبل ذلك قبلت. واختلف أصحابنا رحمهم الله فيمن باع أرضاً ثم أقام بينة أنه باع ما هو وقف. منهم من قال لا يقبل لأنه يحتمل الفسخ فصار كالبيع. ومنهم من قال تقبل لأنه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه. وذكر أبو بكر الرازي رحمه الله إنما تقبل بينة المشتري أنها حرة لأنها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى، حتى لو كان مكان الأمة عبد على قول أبي حنيفة لا تقبل، وعلى قولهما تقبل لأنها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى، والتناقض يمنع الدعوى. ولو ادعى المستحق أنها أمته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فأقرّ المشتري بذلك أو أبى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا، فإن أقام المشتري البينة على البائع بذلك، إن شهد الشهود على أن ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لأنه يثبت ببينته أنها لم تدخل في العقد فكان مدعياً للدين فلا يكون مناقضاً، فإن شهدوا على أن ذلك كان بعد الشراء بينهما لا تقبل بينته لأنها وقت العقد كانت مملوكة محلاً للعقد، والإعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق قوله: **(ومن باع داراً لرجل)** أي عرصة غيره بغير أمره. وفي جامع فخر الإسلام: معنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالغصب بعد ما أدخلها المشتري في بنائه فكذبه المشتري **(لم يضمن البائع عند أبي حنيفة)** لمن أقرّ بالغصب منه

بأن المشتري غير متناقض من كل وجه لأنه لا ينكر العقد أصلاً ولا ملك الثمن للبائع، فإن بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجه دون وجه فجعلناه متناقضاً في مسألة الجامع الصغير لأنه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له إذ هو في يده ولم نجعله

وسنبينه إن شاء الله تعالى، والله تعالى أعلم بالصواب.

(وهو قول أبي يوسف آخراً، وكان يقول أوّلاً يضمن، وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار) هل يتحقق أو لا؟ عند أبي حنيفة لا فلا يضمن، وعند محمد نعم فيضمن.

[فروع تتعلق بهذا الفصل] باع الأمة فضولي من رجل وزوّجها منه فضولي آخر فأجيزا معاً ثبت الأقوى فتصير مملوكة لا زوجة؛ ولو زوّجاها من رجل فأجيزا بطلا، ولو باعاها من رجل فأجيزا تنصف بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك. ولو باعه فضولي وآجره آخر أو رهنه أو زوجه فأجيزا معاً ثبت الأقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لأن البيع أقوى، وكذا تثبت الهبة إذا وهبه فضولي وآجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة بخلاف غيرها. والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة، بخلاف الرهن، والبيع أحق من الهبة لأن الهبة تبطل بالشيوع، ففيما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبداً وبيع آخر إياه يستويان لأن الهبة مع القبض تساوي البيع في إفادة الملك، وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف. ولو تبايع غاصباً عرضي رجل واحد له فأجاز لم يجز لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه الإجازة. ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز. ولو غصبا النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لأن النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب. وتقدم أن المختار في بيع المرهون والمستأجر أنه موقوف على إجازة المستأجر والمرتهن، فلو وصل إلى المالك بوفاء الدين أو الإبراء أو فسخ الإجارة أو تمام المدة تم البيع، ولو لم يجيزا فللمشتري خيار الفسخ إذا لم يعلم وقت البيع بهما، وإن علم فكذلك عند محمد، وقيل هو ظاهر ا‌لرواية. وعند أبي يوسف ليس له الفسخ إذا علم، وقيل هو ظاهر الرواية، وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والمؤجر. وفي المرتهن اختلاف المشايخ. وفي مجموع النوازل: بيع المغصوب موقوف إن أقرّ به الغاصب أو كان للمغصوب منه بينة عادلة، فلو أجاز تم البيع وإلا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع، وقيل لا لأنه أخلف بدلاً، والأول أصح. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام البائع في الدعوى. وعن أبي حنيفة روايتان: رجل غصب عبداً وباعه ودفعه إلى المشتري ثم إن الغاصب صالح المولى من العبد على شيء. قال محمد: إن صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب، وإن صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب. ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده، وكذا شراؤه على إجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضي، وكذا الذي بلغ سفيهاً والمعتوه، وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على إجازة الغرماء في الصحيح خلافاً لمن قال فاسد، فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صحت إجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء، وإن أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الإجازة ويبطل البيع، ومنه بيع المريض عيناً من وارثه يتوقف على إجازة الورثة أو صحة المريض، فإن صح من مرضه نفذ، وإن مات منه ولم تجز الورثة بطل، والله أعلم.

متناقضاً في الفصل الثاني لأنه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملاً بالشبهين بقدر الإمكان فصرنا إليه قال: **(ومن باع داراً لرجل)** قيل معناه: باع عرصة غيره بغير أمره **(وأدخلها المشتري في بنائه)** قيل يعني قبضها وإنما قيد بالإدخال في البناء اتفاقاً **(لم يضمن البائع)** أي قيمة الدار **(عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخراً، وكان يقول أوّلاً يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار)** على ما سيأتي.

قوله: **(قيل في هذا الفرق نظر)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله: **(وما قيل، إلى قوله: يجاب عنه بأن المشتري الخ)** أقول: هذا الجواب مذكور في الخبازية وزيادات قاضيخان، ثم قوله يجاب عنه خبر لقوله وما قيل إن التناقض الخ قوله: **(متناقضاً من وجه)** أقول: من حيث اللفظ قوله: **(دونَ وجه)** أقول: أي من حيث الحقيقة، والله أعلم.

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة، فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما: أشهد أن الله تعالى أحلّ السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه، وتلا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ الآية.

باب السلم

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم، لأنه إما بيع عين بثمن وهو المطلق، أو قلبه وهو السلم، أو ثمن بثمن فالصرف، أو عين بعين فالمقايضة. ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط في الآخرين، ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما، فقدم انتقالاً بتدريج. وخص باسم السلم لتحقق إيجاب التسليم شرعاً فيما صدق عليه: أعني تسليم رأس المال، وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق، لكن لما كان وجود السلم في زمنه ﷺ هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له، ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع آجل بعاجل، وما قيل أخذ عاجل بآجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل، وعرف أيضاً أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم إليه بعتك كذا حنطة بكذا إلى كذا، ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشتريت منك إلى آخره، وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان، وصحة المذهب عنه عسر الوجه لأن العبرة للمعنى، ومعنى أسلمت إليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وإن كان على خلاف القياس، فذاك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ. وعرف أن ركنه ركن البيع. وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه، وسيذكر المصنف شرائطه. وأما حكمه فثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن، ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة، أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة، ومعناه لغة السلف، فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه إياه، وجعل إعطاء العوض للمسلم إليه فيه قضاء كأنه هو، إذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في أسلمت إليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مفلس ونحو ذلك بعيد، ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالكاً، وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توائه عليه، وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء قوله: **(وهو)** يعني السلم **(عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة)** أخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه، قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢][1].

باب السلم

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك، وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب. وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن. وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بآجل. قيل فهو بالمعنى اللغوي إلا أن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط. ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم، ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك. وركنه الإيجاب

باب السلم

قوله: **(أخذ عاجل بآجل)** أقول: يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوي، إذ الأصل هو عدم التغير إلا أن يثبت بدليل قوله: **(قيل فهو الخ)** أقول: القائل هو صاحب النهاية قوله: **(ورد بأن السلعة)** أقول: الرد للإتقاني قوله: **(ولو قيل بيع آجل بعاجل مالخ)** أقول: قوله ولو قيل الخ أيضاً من كلام الإتقاني قوله: **(فإن قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به)** أقول: إن

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه الشافعي ١٣١٤ والحاكم ٢/٢٨٦ والبيهقي ٦/١٨ كلهم عن ابن عباس موقوفاً ورواه أيضاً عبد الرزاق، وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٤/٤٥ وقد صححه الحاكم على شرطهما. والصواب أنه على شرط مسلم لأن البخاري لم يخرج لأبي حسّان الأعرج.

وبالسنة وهو ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخّص في السلم» والقياس وإن كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه. ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه.

وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة، وعزاه بعض متأخري المصنفين إلى البخاري، وهو غلط فإنه لم يخرج في صحيحه لأبي حسان الأعرج واسمه مسلم، والمصنف قد ذكر لفظ الحديث: أحل السلف المضمون، فقال بعض المشايخ: المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته السلف المؤجل، وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة، ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون إلى أجل جمعا بين مقررين وقوله مسمى أي معين (و) كذا (**بالسنة**) إلا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة (**«وهو أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم»**)[1] وإن كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ. قيل[2] والذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، إلى أن قال: ولا تبع ما ليس عندك»[3] قال الترمذي: حسن صحيح، وتقدم. والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال: «قدم النبيّ ﷺ والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث، فقال: من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[4] وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال: «إن كنا لنسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الحنطة والشعير والتمر والزبيب»[5]. ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس، إذ هو بيع المعدوم وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل، إذ لا بد من كون البيع نازلاً عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المآل على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع. ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لأنه بيع المعدوم،

والقبول، بأن يقول ربّ السلم لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كرّ حنطة أو أسلفت فيقول الآخر قبلت، ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم إليه والحنطة المسلم فيه. ولو صدر الإيجاب من المسلم إليه والقبول من ربّ السلم صح. وشرط جوازه سيذكر في أثناء كلامه إن شاء الله تعالى. قال: (**السلم عقد مشروع بالكتاب الخ**) السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ معناه إذا تعاملتم بدين

أراد أنه لا معتبر به مطلقاً فظاهر أنه ليس كذلك، وإن أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لما عدا ذلك السبب فمسلم ولا يفيده، **إذ لا** ينازع أحد في تناوله للسبب وإن نوزع في تناوله لغيره كما لا يخفى فلا حاجة إلى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن **فيه محل** تأمل، وأيضاً لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس تناقض آخر كلامه أوله.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٥ ثم ذكر الزيلعي أن القرطبي ذكره بتمامه على أنه حديث واحد.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٩: لم أجده هكذا. وإنما هما حديثان ا هـ.
قلت: ولا حجة في ذكر القرطبي لخبر لا يوجد في كتب الحديث والأثر.

(٢) القائل هو الزيلعي ووافقه ابن حجر في الدراية، وكذا ابن الهمام.

(٣) هذا حديث تقدم في خيار العيب وإسناده قوي جاء من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، ومن حديث حكيم بن حزام، وغيرهما وتقدم مستوفياً.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٩ و ٢٢٤٠ و ٢٢٤١ و ٢٢٥٣ ومسلم ١٦٠٤ من وجوه وأبو داود ٣٤٦٣ والترمذي ١٣١١ والنسائي ٧/ ٢٩٠ والدارمي ٢/ ٢٦٠ وابن ماجه ٢٢٨٠ والشافعي ٢/ ١٦١ وعبد الرزاق ١٤٠٥٩ و ١٤٠٦٠ وابن أبي شيبة ٧/ ٥٢ والحميدي ٥١٠ وأحمد ١/ ٢١٧. ٢٢٢. ٢٨٢ وابن الجارود ٦١٤ و ٦١٥ وابن حبان ٤٩٢٥ والطبراني في الكبير ١١٢٦٣ و ١١٢٦٤ و ١١٢٦٥ والبيهقي ٦/ ١٨. ١٩ والبغوي ٢١٢٥ من طرق كلهم عن ابن عباس به. السلف والسلم معناهما واحد.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٤٢ و ٢٢٤٣ و ٢٢٤٤ و ٢٢٤٥ و ٢٢٥٤ و ٢٢٥٥ والنسائي ٧/ ٢٨٩. ٢٩٠ وعبد الرزاق ١٠٤٧٧ وأحمد ٤/ ٣٨٠ وابن أبي شيبة ٧/ ٥٤ وابن ماجه ٢٢٨٢ وابن الجارود ٦١٦ وابن حبان ٤٩٢٦ والبيهقي ٦/ ٢٠. ٢٥ والطيالسي ٨١٥ من طرق كلهم من حديث عبد الله بن أبي أوفى. والسياق لرواية البخاري الأولى والثانية. وله قصة.

قال: **(وهو جائز في المكيلات والموزونات)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا بد أن

قال: بل هو على وفقه فإنه كالابتياع بثمن مؤجل. وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وبين الآخر، بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس. قال: وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس، وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه: فالحاصل أن قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة، وأطال كلاماً وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس. وأن قياسه على الثمن المؤجل أولى به، وليس كلامه هذا بل إنه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه، وكونه معدوماً لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبراً في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده. وقوله أيّ فرق إلى آخره يفيد أنه على وفق القياس، وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس. ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع، بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع، فقد تحقق البيع شرعاً مع عدم وجود الثمن لأن الوجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن، وليس في كلام ابن عباس ما يفهم أنه رآه على خلاف القياس، وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع وإن كان على خلاف القياس. قال المصنف **(رحمه الله؛ والمراد بالموزونات)** أي التي يجوز السلم فيها **(غير الدراهم والدنانير)** أما الدراهم والدنانير فإن أسلم فيها دراهم أو دنانير فالاتفاق أنه باطل، وإن أسلم غيرها من العروض ككرّ حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلماً بالاتفاق، لأن المسلم فيه لا بد أن يكون ثمناً والنقود أثمان فلا تكون مسلماً فيها، وإذا لم يصح فهل ينعقد بيعاً في الكرّ والثوب بثمن مؤجل أو يبطل رأساً؟ حكى المصنف فيه خلافاً **(قيل يبطل)** وهو قول عيسى بن أبان **(وقيل ينعقد بيعاً بثمن مؤجل)** ولا يبطل، وهو قول أبي بكر الأعمش، وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن أبان أصح لأن تصحيح العقد إنما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباه إلا في الدراهم، ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل

مؤجل فاكتبوه، وفائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوماً. ووجه الاستدلال **(ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها)** أي في السلف على تأويل المداينة **(أطول آية في كتاب الله، وتلا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم﴾ الآية)** فإن قيل: هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به. قلنا: عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به قوله: **(المضمون)** صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى: ﴿يحكم بها النبيون الذين أسلموا﴾ ومعناه الواجب في الذمة. وأما السنة **(فما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم» والقياس يأبى جوازه)** لأنه بيع المعدوم، إذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص. قال: **(وهو جائز في المكيلات والموزونات)** السلم جائز في المكيلات والموزونات **(لقوله ﷺ: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)** والوجوب ينصرف إلى كونه معلوماً وهو يتضمن الجواز لا محالة. فإن قيل: من أسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى: ﴿قل إن كان للرحمن ولد فأنا أوّل العابدين﴾ فالجواب أن الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع، وإنما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات **(والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا يكون ثمناً بل يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما. ثم قيل: يكون باطلاً، وقيل ينعقد بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بقدر الإمكان والاعتبار في العقود للمعاني)** والأول قول عيسى بن أبان، والثاني قول أبي بكر الأعمش

قوله: **(وهو يتضمن الجواز)** أقول: فإن وجوب الوصف شرعاً يتضمن جواز موصوفة شرعاً، هذا هو مراده ظاهراً قوله: **(فالجواب أن الدليل قد دل الخ)** أقول: وأيضاً من الحديث الشريف تعلم طريق السلم، وظاهر أن ذلك لا يكون إلا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة.

يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلاً، وقيل ينعقد بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان، والعبرة في العقود للمعاني والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك.

قال: **(وكذا في المذروعات)** لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة، ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم، وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض، لأن العددي المتقارب معلوم

باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله إلا أن الأول عندي أدخل في الفقه لأن حاصل المعنى الصادر بينهما إعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه إلى الآخر بدراهم مؤجلة، وهذا من إفراد البيع بلا تأويل إذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي، وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما، وإدخال الباء على الثوب كإدخالها على الثوب المقابل بالخمر فيا إذا اشترى خمراً بثوب فإنه لا يبطل بل يفسد وإن كان يقتضي أن المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتباراً لتحصيل غرضهما ما أمكن قوله: **(وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها)** أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة. وعرف من تعليله هذا أن شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطاً على وجه يمكن تسليمه من غير إفضاء إلى المنازعة، فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبواري إذا بين الطول والعرض. وفي الإيضاح: يحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لأنها تختلف باختلاف الوزن فإن الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته، والحرير كلما خف زادت انتهى. وهذا في عرفهم. وفي عرفنا ثياب الحرير أيضاً وهي المسماة بالكمخاء كلما ثقل ازدادت القيمة. فالحاصل أنه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة. فإن قيل: ينبغي أن لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لأنه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد لشرعيته إلا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما. لا يقال: السلم مخصوص من عموم «لا تبع ما ليس عندك» ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالمخرج غيره به. لأنا نقول: ذلك مقيد بما إذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره. فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي وهو لاتبع مطلق بالنسبة إلى ذكر الأجل فيما ليس عندك وعدمه، وشرعية السلم تقييد له بما إذا لم يذكر الأجل في المبيع، أما إذا ذكر الأجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصاً بما ليس عنده، بل كل ما ليس عنده بلا ذكر أجل على عمومه في منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته، كما أن ما عنده أيضاً لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه. فالحاصل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بغير أجل، وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعييناً لهما ولا أمراً بخصوصهما

رحمهما الله. وهذا الاختلاف فيما إذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض في الدراهم والدنانير ليمكن أن يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على أنهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم، وأما إذا كان كلاهما من الأثمان بأن أسلم عشرة في عشرة دراهم أو في دنانير فإنه لا يجوز بالإجماع، وما ذكره عيسى أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه وهما أوجباه في المسلم فيه، وهو إذا كان من الأثمان لا يصح تصحيحه لأنها لا تكون مثمناً، وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما أوجباه فيه فلا يكون صحيحاً. قال: **(وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها)** أي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز إلحاقها بهما. وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشيء إنما يلحق بغيره دلالة إذا تساويا من جميع الوجوه، وليس المذروع مع

قوله: **(فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت الخ)**. أقول: هذا منع لا يضر.

القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت، بخلاف البطيخ والرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً، وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي

على تقدير السلم، بل حاصله أمر بتعيين الأجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بياناً لشرط الصحة وهو عدم الجهالة. يدل عليه سياق الحديث وهو «أنه ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال: من أسلم في شيء. يعني من هذه الثمار. فليكن إلى أجل معلوم وفي كيل معلوم»[١]، ثم إنه ﷺ زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل، فإن سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة إلى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجي فأنيط بمظنة ذلك من الإقدام على أخذ العاجل بالآجل وإعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم، ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بأن سبب شرعيته لا تختلف وهو الحاجة الماسة إلى أخذ العاجل بالآجل وهي ثابتة من القزازين في المذروع كما في أصحاب المكيلات والموزونات، يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول في أثناء الأحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة: أعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها. فإن قيل: في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما. فالجواب حينئذ. إن قلت: الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح؛ بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه، والاختلاف فيه ليس في الصنعة، ونحن ما قلنا إن مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لا بد من ذكر الأوصاف حتى ينضبط، كما أن المكيل أيضاً لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد أن يذكر الأوصاف معه، فتأمل هذا التقرير فإن في غيره خبطاً، والله أعلم قوله: **(وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض)** أي يجوز السلم فيها عدداً **(لأن العددي المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه)** عدداً **(والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت)** بعد أن يكون من جنس واحد لأن التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به، ولذا لا تباع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين، وهذا هو الضابط في المعدود المتقارب، وهو مرويّ عن أبي يوسف، وعليه عوّل المصنف: أعني أن ما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤوس والأكارع والسفرجل، فلا يجوز السلم في شيء منها عدداً للتفاوت في المالية إلا إذا ذكر ضابطاً غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك. ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز فيها إلا بذكر مميزات. وأجازوه في الباذنجان والكاغد عدداً لإهدار التفاوت، وفيه نظر ظاهر، أو يحمل على كاغد بقالب خاص وإلا لا يجوز، وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك، بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالإسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم إهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت. ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضاً، فلو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين. وعن أبي حنيفة أنه منعه في بيض النعام

المكيل أو الموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو أعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيمياً، وهما مثليان لأن المناط هو ما ذكرنا، إذ الجهالة المفضية إلى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيمياً أو مثلياً. فإن قيل: الدلالة لا تعمل إذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله: «لا تبع ما ليس عندك» فإنه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله: «من أسلم منكم» الحديث، فبقي ما وراءهما تحت قوله لاتبع. فالجواب إنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لأن القران شرط له وهو ليس بموجود، سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضاً للدلالة **(وكذا في المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت** آحادها **(كالجوز والبيض لأن العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم)** فكان مناط الحكم موجوداً كما في المذروعات **(فجاز السلم فيه إلحاقاً بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت)** فإنه قلما

---

(١) تقدم قبل حديث واحد وهو من رواية ابن عباس وفيه: ووزن معلوم.

المتقارب. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية، ثم كما يجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلاً. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز كيلاً لأنه عددي وليس بمكيل. وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت. ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل، وإنما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما وكذا في الفلوس عدداً. وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله. وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنها أثمان. ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنياً وقد ذكرناه من قبل

ادعاء لتفاوت آحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية. والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس، فإن كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الأكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز، وإن كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون مع نقاء البياض أو إهداره. قال المصنف **(وكما يجوز عدداً في العددي المتقارب يجوز كيلاً. وقال زفر: لا يجوز لأنه ليس بمكيل بل معدود، وعنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت)** بين آحاده. قلنا: أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت إذ لا تفاوت في ماليته؛ وأما كونه معدوداً فمسلم، لكن لم لا يجوز كيله مع أن اعتبار المقدار ليس إلا للضبط والضبط لم ينحصر في العدد بل يتعرف بطريق آخر. فإن قيل: الكيل غير معدوم فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل: قلنا: قد علمنا به ورضي رب السلم فإنما وقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله، وإنما يمنع ذلك في أموال الربا إذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها، وكيله إنما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلاً مطلقاً ليكون ربوياً. وإذا أجزناه كيلاً فوزناً أولى قوله: **(وكذا في الفلوس عدداً)** أي يجوز السلم في الفلوس عدداً، هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع من غير ذكر خلاف، فكان هذا ظاهر الرواية عنه. وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. أما عنده فلا يجوز بدليل منعه ببيع الفلس بالفلسين في باب الربا لأنها أثمان، وهذا ما أراده المصنف من قوله ذكرناه من قبل، وإذا كانت أثماناً لم يجز السلم فيها على ما ذكرناه. وروى عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج، لكن ظاهر الرواية عنه الجواز. والفرق له بين البيع والسلم أن من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمناً، فإذا أقدما على السلم فقد تضمن إبطالهما اصطلاحهما على الثمنية، ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العد، بخلاف البيع فإنه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلس بالفلسين، وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه. وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي إلى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنياً: يعني إذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية إلى الوزنية، إذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العدد إلا أن يهدره أهل العرف كما هو في زماننا، فإن الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل إلا وزناً فلا يجوز السلم فيها إلا وزناً في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه

يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذا البيض **(بخلاف البطيخ والرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً)** فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن التفاوت تفاوت الآحاد في المالية دون الأنواع، وهذا هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله، ويؤيد ذلك ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية. ثم كما يجوز السلم فيها: أي في المعدودات المتقاربة عدداً يجوز كيلاً. وقال زفر: لا يجوز لأنه عددي لا كيلي. وعنه أنه لا يجوز عدد أيضاً لوجود التفاوت في الآحاد. ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزاً وكونه معدوداً باصطلاحهما فجاز إهداره والاصطلاح على كونه كيلياً قوله: **(وكذا في الفلوس عدداً)** ذكره في الجامع الصغير مطلقاً من غير ذكر خلاف لأحد. وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف: وأما عند محمد فلا يجوز: أي لا يجوز السلم في الفلوس لأنها أثمان، والسلم في الأثمان لا يجوز. ولهما أن الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما

(ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز لأنه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن والنوع والصفة، والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب. ولنا أنه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار

الأعصار عددية في ديارنا أيضاً قوله: **(ولا يجوز السلم في الحيوان)** دابة كان أو رقيقاً، وهو قول الثوري والأوزاعي **(وقال الشافعي)** ومالك وأحمد **(يجوز)** للمعنى والنص. أما المعنى **(فلأنه يصير معلوماً)** أي منضبطاً **(ببيان الجنس)** كفرس أو إبل أو عبد **(والسن)** كابن مخاض أو عشار **(والنوع)** كعربي وبختي وحبشي **(والصفة)** كأحمر وأسمر وطويل أو ربعة **(والتفاوت بعد ذلك يسير)** وهو مغتفر بالإجماع وإلا لم يصح سلم أصلاً، فإن الغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرئي، فإنّ بين جيد وجيد من الحنطة تفاوتاً لا يخفى وإن صدق اسم الجودة على كل منهما، وكذا بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج أحمر فعلم أن التفاوت اليسير مغتفر شرعاً فصار الحيوان كالثياب والمكيل، وأما النص فما روى أبو داود عن محمد بن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً، فنفدت الإبل فأمره أن يأخذه على قلائص الصدقة، وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة»[(١)]. ورواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم. وأخرج الطحاوي بسنده إلى أبي رافع: «أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي للرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا جملاً خياراً رباعياً، فقال: أعطه إياه، إن من خيار الناس أحسنهم قضاء»[(٢)] فدل على ثبوت الحيوان في الذمة. وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالربذة. وفي رواية: بأربعة أبعرة مضمونة[(٣)]،

إبطالهما باصطلاحهما، فإذا بطلت الثمنية صارت مثمناً تتعين بالتعيين فجاز السلم، وقد ذكرناه في باب الربا في مسألة بيع الفلس بالفلسين. ومن المشايخ من قال: جواز السلم في الفلوس قول الكل، وهذا القائل يحتاج إلى الفرق لمحمد بين البيع والسلم، وهو أن كون المسلم فيه مثمناً من ضرورة جواز السلم، فإقدامهما على السلم تضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثمناً، وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمناً فإن بيع الأثمان بعضها ببعض جائز، فالإقدام على البيع لا يتضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمناً كما كان، وفسد بيع الواحد بالاثنين قوله: **(ولا يجوز السلم في الحيوان)** وهو لا يخلو إما أن يكون مطلقاً أو موصوفاً، والأول لا يجوز بلا خلاف، والثاني لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالإبل، والسن كالجذع والثني، والنوع كالبخت والعراب، والصفة كالسمن والهزال، والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فأشبه الثياب، وقد ثبت: «أن النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص أن يشتري بعيراً ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل. وأنه عليه الصلاة والسلام استقرض بكراً وقضاه رباعياً» والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض. ولنا أن بعد ذكر الأوصاف التي اشترطه الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة، فقد يكون فرسان متساويان في الأوصاف المذكورة ويزيد ثمن إحداهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة المنافية لوضع الأسباب، بخلاف الثياب لأنه

قوله: **(فنقل الآلات كان من دار الحرب الخ)** أقول: يعني الآلات المهمة في تجهيز جيش الإسلام من الخيل والجمال وغيرهما، فكان الأمر لعمر لشرائها منهم.

---

(١) تقدم تخريجه في ٢/ ١١ في باب الربا وإسناده حسن.

(٢) صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٦٨٠ ح ٨٩ وعنه مسلم ١٦٠٠ وأبو داود ٣٣٤٦ والدارمي ٢/ ٢٥٤ والترمذي ١٣١٨ والبيهقي ٥/ ٣٥٣ وأحمد ٦/ ٣٩٠ كلهم من حديث أبي رافع. وقال الترمذي: حسن صحيح.

وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه مسلم ١٦٠١ والترمذي ١٣١٦ و ١٣١٧ مع تغير يسير فيه والقصة واحدة.

قال النووي في شرح مسلم ما ملخصه: البكر من الإبل الصغير والأنثى بكرة، فإذا استكمل ست سنين ودخل في السابعة فهو رباع، والأنثى رباعية. بتخفيف الياء. وقوله: أعطه رباعياً. هو بتخفيف الياء.

وفي الحديث جواز السلم في الحيوان، وحكمه حكم القرض اهـ النووي.

(٣) موقوف تقدم تخريجه في باب الربا رواه مالك وغيره وهو صحيح.

المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال

واستوصف بنو إسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف، وقال ﷺ: «ألا لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كأنها تنظر إليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنه ينظر إليها»[(١)] فقد جعل الموصوف كالمرئي. وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الإبل دية في الذمة وأثبت مهراً في الذمة، وصحة الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعي والمشهود به معلوماً. قلنا: أما المعنى فيمنع أن بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيراً بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش، فإن العبدين المتساويين سناً ولوناً وجنساً يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة والأخلاق والأدب وفهم المقاصد ما يصيره بأضعاف قيمة الآخر، وكذا بين الفرسين والجملين (**بخلاف الثياب**) فإنها مصنوعة العبد بآلة خاصة، فإذا اتحدت لم تتفاوت إلا يسيراً، وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلاً باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك. وقول المصنف رحمه الله (**قلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد**) يريد أنهما يتفاوتان قليلاً لا عدم التفاوت أصلاً كما هو استعمال قلما فإن هذا الفعل: أعني قل إذا كف بما استعمل للنفي: كقوله:

وقلما وصال على طول الصدود يدوم

وحين علمنا أنه أراد قلة التفاوت وجب أن تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت، ولا يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين إذا اتحد الصانع والآلة اتحدا[(٢)] المصنوع من التساهل. وأما النص[(٣)] المذكور فقال ابن القطان: هذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد، فرواه حماد بن سلمة هكذا، ورواه جرير بن حازم عن ابن إسحاق فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أبا سفيان على مسلم بن جبير. ذكر هذه الرواية الدارقطني. ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه: عن ابن إسحاق عن يزيد بن حبيب عن أبي حبيب: عن سلم عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش. ورواه عبد الأعلى عن ابن إسحاق عن أبي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش. ورواه عن عبد الأعلى أبو بكر ابن أبي شيبة، فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أبا سفيان كما فعل جرير بن حازم إلا أنه قال في مسلم بن جبير مسلم بن كثير، ومع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم أجد له ذكراً ولا أعلمه في غير هذا الإسناد، وأبو سفيان فيه نظر انتهى كلامه[(٤)]. فلا حجة فيه مع أنه معارض بما هو أقوى منه، وهو ما

مصنوع العباد، فقلما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً بعد ذكر الأوصاف، وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربا أو كان في دار الحرب ولا ربا بين الحربي والمسلم فيها، وتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لعزتها في دار الإسلام يومئذ، ولم يكن القرض ثابتاً في ذمة رسول الله ﷺ بدليل أنه قضاه من إبل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٤٠ و ٥٢٤١ وأبو داود ٢١٥٠ والترمذي ٢٧٩٢ وأحمد ١/ ٣٨٠. ٣٨٧. ٤٤٣. ٤٦٣. ٤٦٤ والطيالسي ٣٦٨ وابن أبي شيبة ٤/ ٣٩٧ وابن حبان ٤١٦٠ و ٤١٦١ والبغوي ٢٢٤٩ والبيهقي ٦/ ٢٣ من طرق كلهم من حديث ابن مسعود مرفوعاً: لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها.

هذا لفظ البخاري في روايتيه وكذا رواه الباقون هكذا وأما رواية ابن الهمام فهي غريبة، ولعله رواها بالمعنى والله أعلم.

قال ابن حجر في الفتح ٩/ ٣٣٨: قال القابسي: هذا أصل لمالك في سد الذرائع، فإن الحكمة في هذا النهي خشية أن يعجب الرجل بالوصف المذكور. فيفضي إلى تطليق الواصفة، أو الافتتان بالموصوفة.

(٢) قوله: اتحدا. لعل الصواب: اتحد. وزيادة الألف لعلها تحريف من النسّاخ. وقوله من التساهل: أي الشارحون يتساهلون.

(٣) مراده حديث عبد الله بن عمرو بن العاص المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٤) إلى هنا كلام ابن القطان وقد نقله الزيلعي ٤/ ٤٧ بتمامه. لكن للحديث طريق أخرى عن الدارقطني ٣/ ٦٩ والبيهقي ٥/ ٢٨٧. ٢٨٨ كلاهما عن ابن جريج أن عمرو بن شعيب أخبره عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

وهذا إسناد حسن. صرح ابن جريج بالإخبار فزالت شبهة التدليس لذا حكمت على الحديث بأنه حسن بمجموع طريقيه وذلك في باب الربا ٢/ ١١ والله أعلم.

واحد. وقد صح «أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان» ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير.

أخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[١]. ورواه عبد الرزاق: حدثنا معمر به، وكذا رواه الدارقطني والبزار قال البزار: ليس في الباب أجل إسناداً من هذا. وقول البيهقي إنه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر كذلك كأنه هو مبني قول الشافعي رحمه الله: إن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت، لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسنداً، وغاية ما فيه تعارض الوصل والإرسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف، وقد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق: منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن الحسن عن سمرة: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[٢] وقول البيهقي: أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له، فإنه فرّع القول بسماعه منه مع أن الإرسال عندنا وعند أكثر السلف لا يقدح، مع أنه قد يكون شاهداً مقوياً فلا يضره الإرسال. وأيضاً اعتضد بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الآخر، وحديث آخر أخرج الترمذي عن الحجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء، ولا بأس به يداً بيد»[٣] قال الترمذي حديث حسن كأنه للخلاف في الحجاج بن أرطاة. وحديث آخر أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء[٤]، وقول البخاري مرسل[٥] وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفاً وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر[٦] لذلك[٧] أيضاً مع أنه ليس كذلك. وأخرج الإمام أحمد: حدثنا حسين بن محمد، حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهين، فقال رجل: يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ قال: لا بأس إذا كان يداً بيد»[٨] وحمل هذه الأحاديث على كون النهي فيما إذا كان النساء من الجانبين حتى

يجوز أن يفعل ذلك قوله: **(وقد صح)** يجوز أن يكون إشارة إلى جواب ما يقال: التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمامات التي تؤكل، وأن السلم فيها لا يجوز أن يكون عندكم. وتقريره أن عدم جواز السلم في

(١) تقدم في ٤/ ١٢ مع حديث سمرة الآتي مع ذكر شواهد أخرى لهما. راجع باب الربا.

(٢) تقدم في الذي قبله. وما ذكره البيهقي هو الحق حيث أن الجمهور من المحدثين على أن الحسن لم يسمع من سَمُرَةَ إلا حديث العقيقة. ثم إنه في هذا الحديث لم يصرح بالسماع وهو مدلس، فروايته غير حجة، وكذا الراوي عنه هو قتادة مدلس أيضاً، وقد عنعنه. لكنه يعتضد بشواهد، فهو حسن وقد تقدم.

(٣) حسن لشواهده. أخرجه الترمذي ١٢٣٨ وابن ماجه ٢٢٧١ كلاهما من حديث جابر. وقال الترمذي: حسن صحيح!
قلت: مع أن له علتين الأولى: ضعف الحجاج بن أرطاة واختلاطه. كما في التقريب. والثانية: أبو الزبير مدلس وقد عنعنهُ.
فالحديث ضعيف، ولعله يصير حسناً لشواهده وأما صحيح فهذا بعيد.

(٤) ضعيف. رواه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ١٠٥ من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: فيه محمد بن دينار وثقة ابن حبان، وغيره وضعفه ابن معين.

(٥) مراده حديث ابن عباس حيث نقل المصنف أن البخاري أعله بالإرسال، وأجاب ابن الهمام قبل أسطر أن الحكم لمن وصله لأنه زيادة ثقة.

(٦) قلت: بل يضر. قال عنه الحافظ في التقريب: هو محمد بن دينار الأزدي الطاحي. صدوق شيء الحفظ رُمي بالقدر وتغير بآخره ا هـ.
قلت: فالرجل ضعيف، وقد ذكر ابن الذهبي في الميزان أحاديث تدل على وهنه.

(٧) لعل الصواب: ذلك.

(٨) حسن لشواهده. أخرجه أحمد ٢/ ١٠٩ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ١٠٥ كلاهما من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: فيه أبو جناب الكلبي. مدلس ثقة ا هـ. فالحديث حسن لشواهده وإلا فهو بمفرده غير قوي.
تنبيه: وقع عند المصنف في الإسناد: عن أبي خباب. والصواب: أبي جناب كذا في مسند أحمد وفي المجمع. ووقع في نصب الراية أيضاً: عن أبي حسان. وهو تصحيف أيضاً.

قال: **(ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع)** للتفاوت فيها إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها. قال: **(ولا في**

يكون بيع الكالىء بالكالىء تقييداً للأعم فإنه أعم من ذلك فلا يجوز المصير إليه بلا موجب. وقال المصنف رحمه الله (صح **«أن النبي ﷺ نهى عن السلم في الحيوان»**) هو ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن إسحاق بن إبراهيم بن جوني، حدثنا عبد الملك الذماري، حدثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس «أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان»[١] ويقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وتضعيف ابن معين إبن جوني فيه نظر[٢] بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة[٣] والحسان ما هو بمعناه يرفعه إلى الحجية بمعناه لما عرف في فن الحديث، وكذا يحب أن يرجح على حديث أبي رافع[٤] إن صح لأنه أقوى سنداً: أعني حديث ابن حبان[٥]، ولأن المانع يرجح على المبيح. وفي الباب أثر أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال: دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكري مالاً مضاربة، فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص، فلما حلت أخذ بعضاً وبقي بعض، فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأتاه يسترفقه، فقال عبد الله: أفعل زيد؟ فقال نعم، فأرسل إليه فسأله فقال عبد الله: اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان. قال صاحب التنقيح: فيه انقطاع[٦] يريد بين إبراهيم وعبد الله، فإنه إنما يروي عنه بواسطة علقمة أو الأسود، إلا أن هذا غير قادح عندنا خصوصاً من إرسال إبراهيم، فقد تعارضت الأحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم[٧] عن رسول الله ﷺ في المطلوب، وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فإنما ذكر الله لهم

الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فإنه يجوز في الديباج دون العصافير، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة. لا يقال: النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع، لأن محمد بن الحسن ذكر في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالاً مضاربة إلى زيد بن خليدة فأسلمها زيد إلى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة، فقال ابن مسعود: اردد مالنا لا تسلم أموالنا. وهو دليل على أن

قوله: **(لا يقال في كلام المصنف تسامح)** أقول: يعني في قوله في الحيوان، ثم أقول: فيه شيء، إلا أن يقال في قوله تسامح تسامح، والمعنى في كلام المصنف اعتراض قوله: **(لأن ذكر ذلك الخ)** أقول: جواب لقوله ولا يتوهم.

---

(١) واهٍ. أخرجه الحاكم ٢/ ٥٧ والدارقطني ٣/ ٧١ كلاهما من حديث ابن عمر. وقال الحاكم: صحيح الإسناد! وأقره الذهبي! بينما نقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي قوله: فيه إسحاق بن إبراهيم بن جوتي قال فيه ابن حبان: منكر الحديث جداً لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب. وقال الحاكم: روى أحاديث مصنوعة ا هـ.

وقال ابن حجر في اللسان: إسحاق بن إبراهيم بن جوتي قال ابن حزم عنه: مجهول. والظاهر أنه الطبري ا هـ. ثم ذكر ابن حجر ترجمة الطبري، واسمه أيضاً إسحاق بن إبراهيم فنقل عن ابن عدي قوله: منكر الحديث وكذلك قال الدارقطني. قلت: وما توقعه ابن حجر موافقة لماجزم به ابن عبد الهادي وهو الراجح لأن الراوي عنه صنعاني وهو صنعاني أيضاً. فالخبر واه بمرة لكن لما كان له شواهد. يرقى إلى الضعف فقط.

(٢) قلت: لا حاجة للنظر. فإنه متهم بالكذب وهو منكر الحديث والعجب كيف صحح الحاكم حديث مع أن ابن حجر نقل عنه في اللسان أنه قال عنه في كتابه المدخل: روى أحاديث مصنوعة ا هـ والمدخل كتاب للإمام الحاكم. تنبيه: ثم إن صوابه: جوتي. بالتاء. لا بالنون.

(٣) أما الصحيحة فليس في هذه الروايات حديث صحيح وأما الحسن فهو محتمل خاصة إذا اعتضدت مع بعضها.

(٤) قلت: هذا عجيب من المصنف رحمه الله فإن حديث أبي رافع تقدم قبل أحاديث، وقد أخرجه مالك ومن طريق مسلم، وأبو داود، وغيرهم، وإسناده في غاية الصحة. ولعل السبب الذي أدى بالمصنف لقول مثل هذا هو أنه عزاه فقط للطحاوي ا هـ فتنبه والله أعلم.

(٥) تقدم قبل أحاديث والمراد هو حديث ابن عباس وتقدم أنه معلول بالإرسال إلا أنه يصير حسناً لشواهده ولكن لا يعارض حديث أبي رافع لأنه ليس في درجته.

(٦) موقوف. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٦ ونسبه لمحمد في كتاب الآثار. وهو مع إرساله موقوف. لكن يشهد للروايات المتقدمة التي تمسك بها الحنفية.

(٧) تقدمت هذه الأحاديث والله تعالى أعلم

الجلود عدداً ولا في الحطب حزماً ولا في الرطبة جرزاً) للتفاوت فيها، إلا إذا عرف ذلك بأن بين له طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت. قال: **(ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه**

أوصافاً ظاهرة ليطبقوها على معين موجود، ولا شك في أن هذا مما تحصل به المعرفة وكلامنا في أنه ينتفي معه التفاوت الفاحش مطلقاً معناه. وأما منعه ﷺ وصف الرجل الحديث فللحوق الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص. وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلأن الحيوان فيه ليس مقابلاً بمال وهو ظاهر فتجري فيه المساهلة، بخلاف ما قوبل بمال فإنه تجري فيه المشاححة فجرينا على موجب ذلك وقلنا: ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاححة عادة، بخلاف غيره كالمهر وما معه فإنه ليس عوضاً عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعملنا بالآثار فيهما. ولقائل أن يقول: كون التفاوت بعد الأوصاف يبقى فاحشاً لا يضر، لأن ذلك باعتبار الباطن، ولا يلزم المسلم إليه سوى ما تضمن ما ذكر من الأوصاف الظاهرة، فإذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم إليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلاً بحسب الباطن أو كثيراً لأن المعقود عليه ليس إلا الموصوف فقط. نعم لو عين من الأوصاف الذكاء وجودة الفهم والأخلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لأن ذلك لا يعرف إلا بعد زمان الاختبار، وبعده تجري المنازعة في أن أخلاقه ما هي وفي تحريرها، فالمفزع في إبطال السلم في الحيوان ليس إلا السنة، وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبي عمرو قال: قلت له: إنما لا يجوز في الحيوان لأنه غير مضبوط بالوصف، قال: لا، لأنا نجوز السلم في الدبابيح[1] ولا يجوز في العصافير، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الدبابيح ولكنه بالسنة. وفي مبسوط شيخ الإسلام: والعصافير وإن كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لأنه مما لا يقتنى ولا يحبس للتوالد ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه يقام مقام الموجود، بخلاف السمك الطري لرجحان إمكان أخذه، وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمري وهو خلاف النصوص عن محمد. وقد روي عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها، وهو مشكل على الدليل، لأنا إن عللناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص، وإن اعتبرنا عمومه وجب أن لا يجوز. فإن قيل. فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياساً على الثياب بقلة التفاوت. قلنا: إنما يتم لو شرط حياة السمك الطري في المسلم فيه وليس كذلك، بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه قوله: **(ولا في أطرافه)** أي لا يجوز السلم في أطراف الحيوان **(كالرؤوس والأكارع)** وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدوابّ. قيل المانع مبني على منع السلم في الحيوان وهذه أبعاضه، وليس بشيء لأنها

المنع لم يكن لكونه مطلقاً لأن القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيواناً. لا يقال: في كلام المصنف تسامح لأن الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لأن ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم، وأما الدليل على ذلك فهو السنة. قال: **(ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع)** والكراع ما دون الركبة من الدواب، والأكارع جمعه لأنه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لأنها تباع عدداً وهي عددية فيها الصغير والكبير فيقضي السلم فيها إلى المنازعة، ولا يتوهم أنه يجوز وزناً لقيده عدداً لأن معناه أنه عددي، فحيث لم يجز عدداً لم يجز وزناً بطريق الأولى لأنه لا يوزن عادة. وذكر في الذخيرة أنه إن بين للجلود ضرباً معلوماً يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ **(ولا في الحطب حزماً)** لكونه مجهولاً من حيث طوله وعرضه وغلظه، فإن عرف ذلك جاز، كذا في المبسوط، ولا في الرطبة جرزاً بضم الجيم

---

(١) لعل صوابه: الديابيج. بالجيم لا بالحاء، وهو جمع ديباجة والدَّبج: النقش والديباج معرّب جمعه ديابيج ودبابيج والناقة الفتية الشابة، والمدبَّج المزيَّن به وضرب من الهام ومن طير الماء ١ هـ قاموس. فليحرر.

موجوداً من حين العقد إلى حين المحل، حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها» ولأن القدرة على

لا يصدق عليها الحيوان إن كان النهي تعبداً، ولا المعنى إن كان معلولاً بالتفاوت الفاحش لأن ذلك إنما يكون في حالة الحياة، وكان يلزم أن لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة، ولذا يجوز السلم في الجلود وزناً. والمصنف إنما ذكر في منعه أنها عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عدداً وغير عدد لانتفاء المقدور. وعندي لا بأس بالسلم في الرؤوس والأكارع وزناً بعد ذكر النوع، وباقي الشروط، فإن الأكارع والرؤوس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتاً فاحشاً، وقول مالك بجوازه عدداً بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يراد أنها رؤوس عجاجيل أو أبقار كبار ونحوه في الغنم، فإن التفاوت بعد ذلك يسير **(لا في الجلود عدداً)** وكذا الأخشاب والجوالقات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس، إلا أن يذكر العدد لقصد التعدد في المسلم فيه ضبطاً لكميته ثم يذكر ما يقع به الضبط كأن يذكر في الجلود مقداراً من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم، وكذا في الأديم بأن يقول طائفي أو برغالي، وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنط أو حور ونحوه.

وقول بعضهم يجوز في الكاغد عدداً محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه، إلا أن يغني ذكر نسبته عن قدره كورق حموي، وفي الجواليق طوله ووسعه، وكذا كل ما كان مميزاً له عن غيره قاطعاً للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز **(في الحطب حزماً ولا في الرطبة جرزاً للتفاوت إلا إذا عرف ذلك)** بأن يبين طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان لا يتفاوت، وليس المعنى أن لا يجوز السلم فيها أصلاً بل لا يجوز بهذا العقد، ولو قدر بالوزن في الكل جاز، وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الإسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب، وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع أن يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه إلا أن يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلاً، وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزناً، بخلاف ما إذا قوبل نحو الحنطة بجنسها وزناً وهو كيلي لما عرف في باب الربا، أما السلم فليس يلزم فيه ذلك لأن رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزناً كي لا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتي الوزن كيلاً، وبهذا تضعف رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الحنطة وزناً. وذكر قاضيخان أن الفتوى على

بعدها راء مفتوحة وزاي: وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت، إلا إذا عرف ذلك ببيان طول ما تشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فإنه يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت. قال: **(ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً)** وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حلول الأجل شرط جواز السلم عندنا، وهذا ينقسم إلى ستة أقسام: قسمة عقلية حاصرة، وذلك لأنه إما أن يكون موجوداً من حين العقد إلى المحل أو ليس بموجود أصلاً، أو موجوداً عند العقد دون المحل أو بالعكس، أو موجوداً فيما بينهما، أو معدوماً فيما بينهما. والأول جائز بالاتفاق، والثاني فاسد بالاتفاق، والثالث كذلك، والرابع فاسد عندنا خلافاً للشافعي، والخامس فاسد بالاتفاق، والسادس فاسد عندنا خلافاً لمالك والشافعي. له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها» وهو حجة على الشافعي فإنه عليه الصلاة والسلام شرط لصحة وجود المسلم فيه حال العقد، ولأن القدرة على التسليم إنما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل، والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه

قوله: **(وهذا ينقسم إلى ستة أقسام الخ)** أقول: بل إلى ثمانية أقسام، والقسمان الأخيران. أن يكون موجوداً عند العقد وما بعده دون المحل. وأن يكون موجوداً عند المحل وما قبله دون وقت العقد، إلا أنهما مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس
قوله: **(فليكن وجود المسلم فيه)** أقول: فيه تأمل.

التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل. **(ولو انقطع بعد المحل فربّ السلم بالخيار، إن شاء فسخ السلم، وإن شاء انتظر وجوده)** لأن السلم قد صح والعجز الطارىء على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض.

الجواز لتعامل الناس، ويجوز السلم في القت وزناً والرطبة القضب، والجرز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة: وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه، وأما الجزز بكسر الجيم وزاءين أولهما مفتوحة فجمع جزة وهي الصوف المجزوز قوله: **(ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل)** بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول **(حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك)** وهو موجود عند العقد والمحل **(لا يجوز)** وهو قول الأوزاعي **(وقال الشافعي)** ومالك وأحمد وإسحاق **(إذا كان موجوداً عند المحل جاز)** وإن كان منقطعاً وقت العقد أو بينهما لأن اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب، بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لأن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي. ولهم أيضاً إطلاق الحديث المتقدم أعني: «أنه ﷺ قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث»[1] فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[2] فلو كان عدم الانقطاع شرطاً لبينه، وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم أنه ليس شرطاً بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله. قلنا: بل فيه مدرك شرعي، وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه، واللفظ له عن أبي إسحاق عن رجل نجراني. قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع؟ قال: لا، قلت: لم؟ قال: «لأن رجلاً أسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله ﷺ قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئاً ذلك العام، فقال المشتري: أؤخرك حتى تطلع، فقال البائع: إنما النخل هذه السنة، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال للبائع: أخذ من نخلك شيئاً؟ قال: لا، قال: بم تستحل ماله، اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه»[3] وجه الدلالة أنه أوّلاً يصدق على السلم إذا وقع قبل الصلاح أنه بيع ثمرة قبل بدوّ صلاحها، وفيه مجهول كما رأيت، والحديث المعروف وهو: «أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»[4] فيكون متناولاً للنهي، ويدل عليه ما أخرج البخاري عن أبي البختري قال: «سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يصلح، وعن بيع الورق نساء بناجز» وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل فقال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل منه»[5] فقد

وإن وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب، وهذا حجة عليهما. واعترض بأنه إذا كان عند العقد موجوداً كفى مؤنة الحديث، وإذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز. وأجيب بأن القدرة إنما تكون موجودة إذا كان العاقد باقياً إلى ذلك الوقت، حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه، وفي ذلك شك. وردّ بأن الحياة ثابتة فتبقى. وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى. فإن قيل: بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في أثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك. أجيب بأن وجوده كالنصاب وجوده لا ككماله، ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك قوله: **(ولو انقطع بعد المحل)** يعني أسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله، وربّ السلم بالخيار إن شاء فسخ

---

(١) هو بعض حديث ابن عباس المتقدم في أول الباب وهو الحديث الثاني من رواه الستة.

(٢) تقدم في أوائل الباب بعد بضعة أحاديث وهو من حديث ابن عباس أيضاً رواه الجماعة.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٤٦٧ وابن ماجه ٢٢٨٤ كلاهما من حديث ابن عمر وعنه رجل نجراني لم يسمّ.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٤٩: قال المنذري في مختصره: فيه رجل مجهول. وقال عبد الحق في أحكامه: فيه انقطاع ا هـ.
قلت: ذكره الذهبي في الميزان ٤/٦٠١ وقال: روى له ابن ماجه عن عمر في السلم. قال ابن معين، وابن عدي: مجهول.

(٤) صحيح. تقدم في البيوع.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٤٧ و ٢٢٤٨ و ٢٢٤٩ و ٢٢٥٠ من رواية أبي البختري عن ابن عمرو عن ابن عباس فذكره.

قال: (**ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً**) لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم إذ هو غير منقطع (**ولا يجوز السلم فيه عدداً**) للتفاوت. قال: (**ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلوماً وضرباً معلوماً**) لأنه ينقطع في زمان الشتاء، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً، وإنما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة.

ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع أنهما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم، فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم. وأما لزوم وجوده بينهما فإما لعدم القائل بالفصل لأن الثابت قائلان: قائل باشتراطه عند المحل فقط، وقائل عندهما وفيما بينهما، فالقول باشتراطه عندهما لا غير إحداث قول ثالث، ونقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الأداء يتأخر عنه فلا يضطر إليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر، لأن الظاهر استمرار الوجود وبالاستمرار يتمكن من التحصيل، فإن أخذ السلم مظنة العدم وبالأخذ بذلك مظنة التحصيل شيئاً فشيئاً في مدة الأجل وباعتبار المظنة تناط الأحكام فلا يلتفت إلى كون بعض من يسلم إليه قد يحصله دفعة عند حلول الأجل كالذراع وأهل النخل، فإن ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات، أرأيت المسلم إليه في الجلود أيذبح عند حلول الأجل ألف رأس ليعطي جلودها لربّ السلم، وكذا الأسماك المالحة والثياب والأخشاب والأحطاب والأعسال. والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يتحصل له ليعطي ما يخرج له ويشتري الباقي، وكثير يأخذون ليستريحوا في رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلاً قليلاً، لأن وضع السلم شرعاً لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد، ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت. ذكره أبو بكر الثلجي وتواردوا عليه. وفي مبسوط أبي الليث: لو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذي لا يوجد لأنه لا يتحصل إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم، حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان بسجستان (**ولو انقطع بعد المحل**) أي حلول الأجل قبل التسليم لا يبطل العقد (**لكن ربّ السلم بالخيار، إن شاء فسخ، وإن شاء انتظر وجوده**) وقال زفر: يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين، فإن الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته، كما لو اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا. ولنا (**أن السلم قد صح**) ثم تعذر التسليم بعارض (**عن شرك الزوال**) فيتخير المشتري (**كما لو أبق المبيع قبل القبض**) وهذا لأن المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله، وإنما تأخر التسليم إذا كان وجوده مرجوّاً، بخلاف المبيع العين فإن بهلاكه يفوت محل العقد، وكذا الفلوس إذا كسدت فإنها وإن كانت في الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هي أثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل، ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود،

العقد وإن شاء انتظر وجوده (**لأن السلم قد صح والعجز عن التسليم طارىء على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض**) في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم، فإن المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الآبق. وفي قوله والعجز الطارىء على شرف الزوال إشارة إلى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك هاهنا. ووجهه أن العجز عن التسليم إذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لأنه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسداً. قال: (**ويجوز السلم في السمك المالح الخ**) السلم في السمك لا يجوز عدداً طرياً كان أو مالحاً للتفاوت، ووزناً إما أن يكون في المالح أو الطري، فإن كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه. وإن كان في الطري إن كان في حينه جاز كذلك،

قال: (**ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز**) لأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل. ويجوز استقراضه وزناً ويجري فيه ربا الفضل، بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه. وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة. وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه

بخلاف ما نحن فيه لأن لإدراك الزرع والثمار أواناً معلوماً، وكذا لغيرها أوان يكثر وجودها فيه من السنة برخص قوله: (**ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً**) بأن يقول بوري[1] أو راي، وفي أسماك الإسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (**لأنه**) حينئذ (**معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم، ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت**) في التحفة: وأما الصغار فيجوز فيه كيلاً ووزناً سواء فيه الطري والمالح. وفي المغرب: سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملح، ولا يقال مالح. إلا في لغة رديئة. قال بعض الشارحين: لكن قال الشاعر:

بصرية تزوّجت بصرياً أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء، وظاهر هذا الاستدراك أنه لي برديء ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب إلا في لغة رديئة، وليس لهذا الاستدراك فائدة، بل قال ابن دريد ملح ومليح، ولا يلتفت إلى قول الراجز:

أطعمها المالح والطريا

ذاك مولد لا يؤخذ بلغته. وأما الطري فيجوز حين وجوده وزناً أيضاً، فإذا كان ينقطع في بعض السنة كما قيل إنه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء. ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الأجل لا يبلغ الشتاء، وهذا معنى قول محمد: لا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه: يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لا ينقطع بين العقد والحلول، وإن كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقاً وزناً لا عدداً لما ذكرنا من التفاوت في آحاده. وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتباراً بالسلم في اللحم فإنه يمنع السلم في اللحم. وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزناً مع إجازته في اللحم فإن هناك يمكن إعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأتى في السمك ذلك. وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لأن الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع، فإن الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد ليردّ ما ذكره قوله: (**ولا خير في السلم في اللحم**) وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز، وقول من قال إن المجتهد يقوله فيما يستخرج من الحكم بالرأي تحرزاً عن القطع في حكم الله تعالى بالرأي بعيد، فكل الأحكام القياسية المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا، وكلها من هذا القبيل لأنه قد استقر عند أهل العلم أنها مظنونات لا مقطوعات، وأيضاً المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك وقالا: (**إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة**) ككونه ذكراً وخصياً وسميناً بعد أن بين جنسه من نحو

وإن كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز. وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال. ووجه الرواية الأخرى أن السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار. قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز:

بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا

لأنه مولد لا يؤخذ بلغته. قال الإمام الزرنوجي: كفى بذلك حجة للفقهاء. قال: (**ولا خير في السلم في اللحم**) خير نكرة

---

(١) نوعان من أنواع السمك. والبوري إلى الآن في الشام يطلق عليه هذا الاسم.

الثاني وهو الأصح. والتضمين بالمثل ممنوع، وكذا الاستقراض. وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة، ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته، أما الوصف فلا يكتفى به.

الضأن وسنه ثنى ومن الفخذ الكتف أو الجنب مائة رطل. وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما، وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم. وقد قيل لا خلاف، فمنع أبي حنيفة فيما إذا أطلقا السلم في اللحم وقولهما إذا بينا ما ذكرناه. ووجهه أنه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف. وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزوناً وكذا لكونه مضموناً بالمثل جائز الاستقراض، وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الأقطار قاطع فيه، وما فيه من العظم غير مانع لأنه إذا سمى موضعاً ومعلوم أنه فيه عظم كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم، ولأنه ثابت بأصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الألية مع أنها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفي الشحم بالإجماع **(بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه)** لأن عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقاً. وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصطاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه. وما صيد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز، وعنده لا يجوز. وقيل يجوز عند الكل لأن ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح. فيجب أن يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقاً في مخلوع العظم، فإن العلة حينئذ ثابتة، ثم يجب أنه إذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلاً أن يعين الموضع بعد كونه بعظم. فإن من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول أوراكاً أو غير الصدر أو ينص على صدرها وأوراكها، فإن أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف أغراض الناس. ولأبي حنيفة رضي الله عنه وجهان: أحدهما أنه يقع سلماً في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته، بخلاف لحم السمك فإن مضمونه من العظم قليل معلوم إهداره بين الناس. ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره. وقولهما إذا سمى موضعاً كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم. قلت: للمشاهد في بيع اللحم حالاً بعظمه جريان المعاكسة بين البائع والمشتري في العظم. حتى أن المشتري يستكثره فيأمره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه، فكيف في المؤجل المستأخر التسليم، وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه. ثانيهما أنه يختلف بحسب الفصول سمناً وهزالاً، فلو سمى السمين قد يكون انتهاء الأجل في فصل الهزال. وحاصل هذا الوجه أنه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه. قال المصنف: **(وهو الأصح)** لأن الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع إحداهما كما يثبت معهما. وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكر في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحماً فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم. قيل ولا توجد رواية بأنه من ذوات القيم إلا هنا من الجامع الكبير، لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى أنه رأى وسط غصب المنتقي أنّ أبا يوسف روى عن أبي حنيفة: إذا استهلك لحماً قال عليه قيمته، وحل عبارة المصنف **(أن القبض)** أي قبض اللحم القرض **(يعاين فيعرف مثله به)** أي بالمقبوض. أما السلم فليس فيه مقبوض معين بل مجرد وصف فلا

وقعت في سياق النفي فتفيد نفي أنواع الخير بعمومه، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة. قال أبو حنيفة: لا يجوز السلم في اللحم، وقالا: إذا وصف منه موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز لكونه موزوناً معلوماً كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزناً ويجري فيه ربا الفضل. فإن قيل: لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم. أجاب بقوله لأنه لا يمكن وصف موضع منه، وهذا يشير إلى أن عدم الجواز فيه متفق عليه، وفي تعليله تأمل لأنه إن لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم في لحم الدجاج مثلاً ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره. ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وإن ذكر الوزن، فأما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل، لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك وإليه مال شيخ الإسلام، وهذا يقوّي وجه التأمل. ولأبي حنيفة طريقان: أحدهما

قال: **(ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً)** وقال الشافعي رحمه الله: يجوز حالاً لإطلاق الحديث ورخص في السلم. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إلى أجل معلوم» فيما روينا، ولأنه شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم، ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي.

يكتفي به إلى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزناً أيضاً ممنوع بل ذاك مذهبهما، وبعد التسليم: أي تسليم أن ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الإسبيجابي أنه يضمن بالمثل إلا أن ينقطع من أيدي الناس، وهو الوجه لأن جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها، وتمام المعادلة بالمثل لأنه مثل صورة ومعنى. أما القيمة فمثل معنى فقط لأن الموجب الأصلي رد العين والمثل أقرب إلى العين، بخلاف القيمة، وكذا بتقدير تسليم استقراضه. فالفرق بين السلم والقرض أن القبض في القرض معاين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانياً بالأول. أما السلم فإنما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للموجود عند القبض كمعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل، وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفي به: أي لا يكتفي بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أوّلاً والمقبوض ثانياً. ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقاً ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلاً وإن اختلف موضعهما كلحم فخذ مع لحم ضلع قوله: **(ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً)** وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله **(وقال الشافعي رحمه الله: يجوز السلم الحالّ)** بأن يقول مثلاً: أسلمت هذه العشرة في كرّ حنطة صفتها كذا وكذا إلى آخر الشروط. وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر **(لإطلاق النص)** وهو قوله **(ورخص في السلم)** [1] والظاهر أنهم لا يستدلون به لأنهم أهل حديث، وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وإنما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الأجل فوجب نفيه، وربما استدلوا على نفيه بأنه لو شرط الأجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هو شرط جواز العقد وهي ثابتة، والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والفرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه، ولو لم يكن قادراً حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال، بخلاف الكتابة الحالة فإن العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادراً على تسليم بدل الكتابة. وأما استدلالكم بقوله ﷺ: «من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[2] فليس معناه الأمر بالتأجيل في السلم فيمنع الحال، بل معناه: من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو إلى أجل فليكن إلى أجل معلوم، لأنه لو لم يكن كذلك لكان أيضاً أمراً بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لأن النسق في الفصول الثلاثة واحد، ونحن نقول: لا شك أن أهل الإجماع قاطبة في إخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين إلى نفقة

أن اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم، فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود؛ ألا ترى أنه تجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن، وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع. والثاني أن اللحم يشتمل على السمن والهزال، ومقاصد الناس في ذلك مختلفة، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلإ وكثرته والسلم لا

قوله: **(فيحمل على المقيد الخ)** أقول: على ما هو مذهب الشافعي قوله: **(لما نذكره)** أقول: إشارة إلى ما يذكره في حيز فإن قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيحمل على المقيد قوله: **(لأن قوله رخص في السلم الخ)** أقول: وأيضاً العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق عل المقيد على ما هو أصل الخصم، ثم قوله لأن قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين.

---

(١) لا أصل له بهذا اللفظ. وقد تقدم في الحديث الثاني من هذا الباب استغربه الزيلعي، وقال ابن حجر: لم أجده.

(٢) هو حديث ابن عباس قد تقدم رواه الستة.

قال: **(ولا يجوز إلا بأجل معلوم)** لما روينا، ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع، والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام، وقيل أكثر من نصف يوم، والأول أصح **(ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع**

عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الأجل فلا يجوز في غيره، وكونه قادراً حال العقد لم يتحقق المبيح في حقه. ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الأجل فلم يلتفت بعد ذلك إلى كون المبيع معدوماً من عند المسلم إليه حقيقة أو موجوداً قادراً هو عليه؛ فقول المصنف **(ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص)** معناه لو لم يذكر الأجل، والله تعالى أعلم، وقولهم: الغرر في السلم الحالّ أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئاً: أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال، فإن الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحالّ قوله: **(والأجل أدناه شهر إلى آخره)** في التحفة: لا رواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الأجل. واختلفت الروايات عنهم. والأصح ما روي عن محمد أنه مقدر بالشهر لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل. وقال الصدر الشهيد: الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه، وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه، وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله، كل هذا تنفتح فيه المنازعات، بخلاف المقدار المعين من الزمان. وفي الإيضاح: فإن قدراً نصف يوم جاز، وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالاً بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لأن التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة، فأما أدناه فغير مقدر انتهى. والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي. وصحح المصنف الأول لأنه مرويّ عن محمد، ولأنه مأخوذ من مسألة اليمين وهي ما إذا حلف ليقضينّ دينه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر برّ في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل، فالشهر وما فوقه آجل، قالوا: وعليه الفتوى قوله: **(ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبذراع رجل بعينه)** قال المصنف **(معناه إذا كان لا يعرف مقداره)** أما إذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع، وإنما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الإيفاء. قال **(وقد مرّ من قبل)** يريد أول كتاب

يكون إلا مؤجلاً، ولا يدري أنه عند المحل على أيّ صفة يكون، وهذه الجهالة مفضية إلى النزاع ولا ترتفع بالوصف، وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الأصح قوله: **(والتضمين بالمثل)** جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع، وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لأن فيه رعاية الصورة والمعنى، والقبض يعاين: يعني أن الاستقراض حالّ فيعرف حال مثل المقبوض، ولا تفضي الجهالة به إلى المنازعة، والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع لجهالة فلا يكتفي به.
قال: **(ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً)** السلم الحالّ لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى. استدل بإطلاق رخص في السلم. لا يقال: مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إلى أجل معلوم» لما نذكره. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» شرط لجواز السلم إعلام الأجل كما شرط إعلام القدر. فإن قيل: معناه من أراد سلماً مؤجلاً فليسلم إلى أجل معلوم وبه نقول، والحصر ممنوع، وحينئذ لم يبق مقيداً فيحمل عليه المطلق، والدليل على ذلك قوله: «في كيل معلوم ووزن معلوم» فإنه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم إن كان كيلياً ووزن معلوم إن كان وزنياً، فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلاً. فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة إلى التقدير لأنه خلاف الأصل. سلمناه، ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة، ولا ضرورة في التقدير في الأجل. لا يقال: العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لأجله، لأن قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي إنما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحالّ. على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فليتأمل، ولأن السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس إذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان، وما شرع لذلك لا بد وأن يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس وإلا لم يكن مفيداً لما شرع له، والسلم

رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مرّ من قبل، ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً، فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه، كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله.

البيوع وهو قوله ويجوز البيع بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه، إلى أن قال: بخلاف السلم إلى آخره. وقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضاً في بيع العين بالعين لأنه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة، وبيع الحنطة إنما يجوز على أحدهما، والصحيح الأول والحصر ممنوع ويتقدر التسليم فهذا بيع مجازفة، ثم لا بد **(أن يكون المكيال مما لا ينقبض وينبسط كالقصاع)** والحديد والخزف **(فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل)** والغرارة **(لا يجوز للمنازعة)** عند التسليم **(إلا في قرب الماء روي عن أبي يوسف للتعامل فيه)** فإنه أجازه، وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غير ذلك مثلاً بهذه القربة وعينها جاز البيع، ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز إذا عين هذه القربة، والله أعلم ولكن بمقدارها. والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل أيضاً قوله: **(ولا في طعام قرية بعينها)** كحنطة بلدة الفهميين والمحلة ببلاد مصر **(أو ثمرة نخلة بعينها)** أو بستان بعينه **(لأنه قد يعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم)** قال المصنف: **(وإليه أشار رسول الله ﷺ بقوله: «أرأيت لو ذهب ثمرة هذا البستان بم يستحل أحدكم مال أخيه»)**[1] فإن معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع ثمناً إن لم يخرج هذا البستان شيئاً فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح، بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فإن احتمال أن لا ينبت في الإقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز، فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقاً[2]. والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع، أما في السلم فما قدمناه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شيء فأراد المسلم إليه أن يمنعه الثمن الذي كان أخذه وقال إنما النخل هذه السنة، حيث قال له رسول الله ﷺ: «أخذ من نخلك شيئاً؟ قال: لا، قال: بم تستحل ماله؟ اردد عليه ما أخذت منه»[3] الحديث. وأما ما في مسلم عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[4] فيصدق على كل من السلم والبيع، ويمكن أن يكون دليلاً على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسألة أيضاً. وفي الصحيحين عن أنس أن النبي ﷺ قال: «إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا؟»[5] **(فلو كانت**

الحالّ ليس كذلك، لأن دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم إليه فيه إما أن يكون قادراً على التسليم في الحال أو لا، فإن كان الأول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص فبقي على النافي، وإن كان الثاني فلا بد من الأجل ليحصل فيسلم وإلا لأدى إلى النزاع المخرج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض. فإن قيل: لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز ممن عنده أكرار حنطة. أجيب بأن السلم لا يكون إلا بأدنى الثمنين وهو دليل على العدم، وحقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدالّ عليه مقامه وبنى عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر. قال: **(ولا يجوز إلا بأجل معلوم)** إذا ثبت اشتراط الأجل في السلم لا بد من كونه معلوماً بما روينا، وبالمعقول وهو أن الجهالة مفضية إلى المنازعة كما في البيع، فهذا يطالبه بمدة قريبة

---

(١) استغربه الزيلعي كونه ورد في السلم وقال: إنما ورد هذا اللفظ في البيع ا هـ. نصب الراية ٤/ ٥٠ ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ١٦٠.

(٢) كأن المصنف يُعَرِّضُ بالزيلعي. حيث قال: ورد في البيع.

(٣) تقدم قبل خمسة أحاديث. وإسناده واهٍ. واعترف ابن الهمام هناك بذلك حيث قال: فيه واهٍ مجهول وذلك موافقة منه للزيلعي.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٥٤ وأبو داود ٣٤٧٠ والنسائي ٧/ ٣١٢ والدارمي ٢/ ٢٥٢ وابن ماجه ٢٢١٩ وابن الجارود ٦٣٩ وابن حبان ٥٠٣٤ و ٥٠٣٥ والدارقطني ٣/ ٣٠. ٣١ والبيهقي ٥/ ٣٠٦ من طرق كلهم من حديث جابر.

(٥) حديث أنس متفق عليه تقدم في بيع الثمار.

قال: **(ولا في طعام قرية بعينها)** أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال: «أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه؟» ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة.

نسبة الثمرة إلى قرية) معينة **(لبيان الصفة)** لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه **(كالخشمراني والبساخي)** ببخارى وهي قرية حنطتها جيدة **(بفرغانة لا بأس به)** ولأنه لا يراد خصوص النابت هناك، بل الإقليم، ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لأنه إقليم، وكذا إذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكماله، فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء، وكذا في ديار مصر في قمح الصعيد. والذي في الخلاصة وذكر معناه في المجتبى وفي غيره: لو أسلم في حنطة بخارى أو حنطة سمرقند أو إسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه. ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز، وفي ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذ الإضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع، بخلاف إضافة الثوب لأنها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان، ولذا لو أتى المسلم إليه في ثوب هروي بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي: يعني من صفته ومؤنته يجبر ربّ السلم على قبوله، فظهر أن المانع والمقتضى العرف، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز وإلا فلا يبينه ما في الخلاصة قال: لو كان ذكر النسبة لا لتعيين المكان كالخشمراني فإنه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم، وإن كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم وإلا لا، أما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه. وفي شرح الطحاوي: لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لأنها منقطعة في الحال، وكونها موجودة في وقت العقد إلى وقت المحل شرط لصحة السلم قوله: **(ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا بسبع شرائط)** تذكر في العقد. وأما عندهما فهي الخمس الأولى. ولا شك أن للسلم شروطاً غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها. وشرائط جمع شريطة؛ فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الأصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبع على تقديرها شريطة وكل وارد على اعتبار خاص، والمعروف من النسخ ليس إلا المشهور سبع شرائط **(جنس معلوم كحنطة شعير نوع معلوم كسقية)** وهي ما يسقى سَيْحاً **(أو بخسية)** وهي ما يسقى بالمطر ونسبت إلى البخس لأنها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السيح غالباً **(وصفة معلومة كجيد رديء)** وسط مشعر سالم من الشعير **(ومقدار معلوم كذا كيلاً بمكيال معلوم)** فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل، فإن ما يجوز كونه مسلماً فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس، فإن النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه **(و)** الخامس **(أجل معلوم)** والأصل فيه: أي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا: يعني قوله ﷺ: «من أسلم منكم»[1] الحديث، نص على شرطي القدر المعلوم والأجل المعلوم، وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور إرادة الضبط المنافي للمنازعة.

وذلك يؤديه في بعيدها. واختلف في أدنى الأجل فقيل أدناه شهر استدلال بمسألة كتاب الأيمان. حلف ليقضين دينه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر برّ في يمينه، فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل، وقيل ثلاثة أيام، وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي أستاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتباراً بخيار الشرط، وليس بصحيح لأن الثلاثة ثم بيان أقصى المدة، فأما أدناه فغير مقدر، وقيل أكثر من نصف يوم لأن المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم، وبه قال أبو بكر الرازي، والأول أصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الأيمان. قال: **(ولا يجوز السلم بمكيال رجال بعينه)** لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه إذا لم يعلم مقداره لأن التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع

---

(١) هو بعض حديث ابن عباس تقدم مراراً.

قال: **(ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط: جنس معلوم)** كقولنا حنطة أو شعير **(ونوع معلوم)** كقولنا سقية أو بخسية **(وصفة معلومة)** كقولنا جيد أو رديء **(ومقدار معلوم)** كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف وكذا وزنا **(وأجل معلوم)** والأصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا **(ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره)** كالمكيل والموزون والمعدود **(وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة)** وقالا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد، فهاتان مسألتان. ولهما في الأولى

وقوله: **(والفقه فيه ما بينا)** يعني قوله ولأن الجهالة مفضية إلى المنازعة (و) السادس **(ذكر مقدار رأس المال إذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره)** يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه، وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة، وهذا الشرط في قدره احترازاً عما إذا كان ثوباً لأن الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط، ولهذا لو اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة، ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيئاً من الثمن، والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط إعلامه لأن الأوصاف لا يقابلها شيء فجهالة قدر الذرعان لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه، وهنا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد، وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقاً فصارت أحد عشر شرطاً. والثاني عشر تسمية مكان الإيفاء وهو يخص المسلم فيه. والثالث عشر أن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا لأن انفراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط. والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم، وفي التبر روايتان. والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة، كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجل إعلام قدره (و) السابع **(تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة)** أي إذا كان نقله يحتاج إلى أجرة ونحوه لثقله **(وقالا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً)** يقبضه دفعة **(ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد، فهاتان مسألتان)** خلافيتان بينه وبينهما **(لهما في الأولى)** وبقولهما قال مالك وأحمد والشافعي في قول إن المقصود من إعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة **(يحصل بالإشارة)** إلى العين الثمن المعجل فأغنى عن إعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل، والأجرة المعجلة في الإجارة والمضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فإنه جائز وكرأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فإنه لا يشترط فيه إعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله. ما روي عن ابن عمر أنه قال به، وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس. والقياس على المسلم فيه بجامع أنه عوض تناوله عقد السلم، ولأن جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقاً وجهالة رأس المال مؤد إليه، وما يؤدي إلى الممتنع شرعاً ممتنع شرعاً. بيان تأديته إليه أنه ربما ينفق رأس المال كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده، وقد يكون أكثر رأس المال زيوفاً فإنه إذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم عند أبي حنيفة لأنه لا يجيز الاستبدال في أكثر من النصف خلافاً لهما، وقد لا يتفق الاستبدال بها في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار

فيفضي إلى المنازعة، ويعلم من هذا أن المكيال إذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الإناء المجهول القدر يداً بيد لا بأس بذلك لحصول الأمن من المنازعة، وقد مر: يعني في أول البيوع أن البيع يداً بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لأن القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك، لكن لا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما إذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها؛ أما إذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي لأن فعيلاً بفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فإنه لا يجوز لإفضائه إلى المنازعة إلا أن أبا يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة بهذه القربة من ماء للتعامل. قال: **(ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها)** لأن انقطاعه عن أيدي الناس بعروض آفة موهوم **(فتنتفي القدرة على التسليم)** أشار إلى ذلك قوله ﷺ حين سئل عن السلم في ثمر فلان «أما من ثمر حائط فلان فلا، أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه؟» ولا خفاء في كونه منه عليه الصلاة والسلام بياناً بطريق

أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب. ولأبي حنيفة أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً ولا يستبدل في المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى ردّ رأس المال، والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي، بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره. ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما،

ذلك، فإذا لم يكن قدر المكيل معلوماً لم يدر في كم انتقض وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار، وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضاً، وهذا وإن كان موهوماً فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم (**لشرعه مع المنافي**) وهو كون المبيع معدوماً فإن ما يشرع لذلك يكون ضعيفاً في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور، وهذا في الحقيقة تعليل قوله ﷺ (**«أرأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط بم يستحل أحدكم مال أخيه؟»**)[1] (**بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن الذرع وصف فيه**) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فإذا هو خمسة عشر كان-كله له والمبيع لا يقابل الأوصاف فلا يتعلق العقد على قدره، ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجعول رأس مال مخرقاً وسمى عدداً من الذرعان فيه فوجده المسلم إليه.أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفاً لا ينتقص من المسلم فيه شيء، بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضي به بكل المسلم فيه، وإن شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه. واستشكل بأن هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فإن في وجود الزيف احتمالاً، ثم اختيار الرد كذلك، ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضاً ذلك، والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث[2] فإن المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا تخرج الثمرة. أجيب تارة بأنها شبهة واحدة فإن الكل مبني على وجود الزيف، وتارة بأن السؤال فاسد لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة، وليس هذا كذلك وإنما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن

التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها. وقوله مال أخيه أراد به رأس المال: أي لو لم تحصل الثمرة فبأي طريق يحل رأس المال للمسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرية بعينها لبيان الصفة: أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنط تلك القرية المعينة كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة جاز العقد، فإن تعيين الخشمراني ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس إلا، بل باعتبار أن صفة الحنطة مثلاً مثل صفة حنطة الخشمراني، وعلى هذا ظهر الفرق بين ما إذا أسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما إذا أسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الأول، فإن نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان، فإن الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغيرها يسمى هروياً. وإذا أتى المسلم إليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة أجبر ربّ السلم على القبول، بخلاف الحنطة فإن حنطة هراة ما نبتت بأرض هراة والنابت في غيرها لا ينسب إليها وإن كان بتلك الصفة فكان تعييناً للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالأول. قال: قوله: (**ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط**) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما على خمسة، فأما المتفق عليه فهو أن يكون في جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم سقية أو بخسية، والبخسي خلاف السقي منسوب إلى البخس، وهي الأرض التي تسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء. وصفة معلومة جيدة أو رديئة، ومقدار معلوم عشرين كرّاً بمكيال معروف أو عشرين رطلاً، وأجل معلوم. والأصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله ﷺ «من أسلم منكم» الخ، ومن المعنى الفقهي ما بينا أن الجهالة فيه مفضية إلى النزاع، فأما المختلف فيه (**فمعرفة مقدار رأس المال إن كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل**) بفتح الخاء (**ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال**)، فهذان شرطان لصحته عند أبي حنيفة، وهو المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافاً لهما. قالا في المسألة الأولى: إن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة: يعني إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة في الإجارة وأشير إليهما جاز وإن لم يعرف مقدارهما، فكذا ينبغي أن يكتفي بالإشارة في رأس المال بجامع كونه بدلاً وصار

---

(١) تقدم في بيع الثمار، وتقدم أيضاً قبل حديث واحد.
(٢) هو المتقدم.

أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما. ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر فصار كالقرض والغصب. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين، بخلاف القرض والغصب، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان، صار كجهالة الصفة، وعن هذا قال من

طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق، ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد إجماعنا على أنه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول. قال المصنف **(ومن فروعه)** أي من فروع الخلاف في معرفة قدر رأس المال **(إذا أسلم في جنسين)** ككرّ حنطة وكرّ شعير عشرة مثلاً **(ولم يبين رأس مال كل منهما)** من العشرة **(أو أسلم جنسين)** كدنانير ودراهم في جنس واحد كبرّ أو أسلم تمراً وحنطة معينين في كذا منا من الزعفران **(ولم يبين مقدار أحدهما)** يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة أو **(لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولاً. ولهما في)** المسألة **(الثانية)** وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة **(أن مكان العقد يتعين)** للإيفاء **(لوجود العقد)** فيه **(الموجب للتسليم)** ما لم يصرفاه باشتراط مكان غيره. وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق، فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره، فإن تغيير مقتضى العقد مردود أو هو مفسد على ما هو رواية العقد يقتضيهما معاً، فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر كذلك وصار المكان كالزمان الذي هو أول أوقات الإمكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم أو للأداء على قول الكرخي في الأمر المطلق، وتقريره أن التسليم يحتاج إلى مكان وهذا المكان لا يزاحم فيه غيره فيتعين كأول أوقات الإمكان، وإلحاقاً أيضاً بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان

كما إذا كان رأس المال ثوباً فإن الإشارة فيه تكفي اتفاقاً وإن لم يعرف ذرعاته. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً ولا يستبدل في المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي، وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً، وربما يجد بعض ذلك زيوفاً ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده، فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقض السلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها. وقوله: **(أو وربما)** وجه آخر لفساده، وهو أن المسلم إليه **(قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله)** وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك. فإن قيل: ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص. أجاب المصنف رحمه الله بأن **(الموهوم في هذا العقد كالمتحقق)** **(لشرعه مع المنافي)** إذ القياس يخالفه؛ ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده إلى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر أدنى الأجل أكثر من نصف يوم. فإن قيل: في هذا اعتبر للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفاً فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد، وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد أيضاً محتمل، والمعتبر هي دون النازل عنها. فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذاك، وقيل بل هذه شبه واحدة لأن كلاً منهما مبني على وجوده زيفاً والأول أظهر قوله: **(بخلاف الثوب)** جواب عما قاساه عليه من الثوب. وتقريره أن الثوب لا يتعلق العقد على مقداره **(لأن الذرع)** في الثوب المعين **(صفة)** ولهذا لو وجده زائداً على المسمى سلم له الزيادة مجاناً، ولو وجده ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن وقد تقدم، وليس كلامنا في ذلك، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياساً مع الفارق، ولم يجب عن الثمن والأجرة لأن دليله تضمن ذلك، فإن البيع والإجارة لا ينفسخان برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد. ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما إذا أسلم مائة في كرّ حنطة وكرّ شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوماً. وعندهما يجوز لأن الإشارة إلى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت، أو أسلم دراهم ودنانير في كرّ حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فإنه لا يجوز عنده لأن مقدار أحدهما إذا كان مجهولاً بطل العقد في

قال من المشايخ رحمهم الله إن الاختلاف فيه عنده يوجب التخالف كما في الصفة. وقيل على عكسه لأن تعين المكان قضية العقد عندهما، وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة، وصورتها إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب

الغصب والقرض والاستهلاك. ويرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما إذا اشترى كرّاً وشرط على البائع حمله إلى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصر أو خارجه. أجيب بالفرق بأن المشتري يملك العين بمجرد شرائها، فإذا شرط حملاً فقد شرط عملاً في ملكه مع الشراء ثم سمى الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائعاً آجراً ومشترياً مستأجراً معاً فهو صفقة في صفقة فيفسد. أما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لأن المعقود عليه دين لا عين، فإنما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان إلى آخر عمل من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعاً وآجراً. وأورد أيضاً في الفوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه، فإنه قال في رجل باع طعاماً والطعام في السواد إن كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له، وإن لم يعلم فله الخيار. ولو تعين مكان البيع مكاناً للتسليم لم يكن له الخيار، ثم قيل: إنما يجوز البيع إذا كانت خوابي الحنطة في بيت واحد، فإن كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لإفضائه إلى المنازعة لأن المشتري يطالبه بالتسليم في أقرب الأماكن والبائع يسلمه إليه في الأبعد، وهذا كله دليل أن مكان البيع لا يتعين. أجاب بأنه إنما يتعين إذا كان المبيع حاضراً والمبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين إذا كان **(ولأبي حنيفة أن التسليم)** في السلم **(غير واجب في الحال فلا يتعين)** مكان العقد **(بخلاف القرض والغصب)** فإن التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال، وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فإنه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قالا من أن وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه، بل العقد يوجب التسليم فقط إلا إن اقتضى أمراً آخر تعيين مكانه **(فإذا لم يتعين فالجهالة تفضي إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن فلا بد من البيان)** دفعاً للمنازعة لأن المسلم يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترتفع قيمته والمسلم إليه على

حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصة الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر، وعندهما يجوز لوجود الإشارة. وقالا في المسألة الثانية: إن مكان العقد يتعين للإيفاء لأن العقد الموجب للتسليم وجد فيه، وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فإن التسليم يجب في موضع العقد، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كأوّل أوقات الإمكان في الأوامر، فإن الجزء الأول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه، وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعين مكانهما للتسليم. ونوقض بما إذا باع طعاماً وهو في السواد، فإنه روي عن محمد رحمه الله أن المشتري إن كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له، وإن لم يعلم فله الخيار، ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار. وعورض بأن مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين، فإن من اشترى كرّ حنطة وشرط على البائع الحمل إلى منزله ويفسد عقده اشتراها في المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه. والجواب عن النقض أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان المبيع حاضراً والمبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة المسلم إليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضراً بحضوره، وفيه نظر لأن فيه قيداً لم يذكر في التعليل ومثله يعدّ انقطاعاً. وعن المعارضة بأن التعيين بالدلالة، فإذا جاء بصريح يخالفها يبطلها، وإنما فسد في بيع العين لأنه قابل الثمن بالمبيع والحمل فتصير صفقة في صفقة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الأجل بالاتفاق، وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لأن موضع الالتزام إنما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتاً على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلاً، بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فإن تسليمها

قوله: **(لأن العقد الموجب، إلى قوله: ولأنه لا يزاحمه)** أقول: والظاهر عندي أن المجموع دليل واحد للمدعي، إذ لا يتم أحدهما إلا بالآخر فليتدبر.

أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة. وقيل لا يشترط ذلك في الثمن. والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلاً، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء.

قال: **(وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع)** لأنه لا تختلف قيمته **(ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه)** قال رضي الله عنه: وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع. وذكر في الإجارات أنه يوفيه في

عكسه. وبخلاف رأس المال لأن تسليمه واجب للحال فافترقا، وإلحاقه بالأمر في تعين أول الأوقات بلا جامع، لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع إذ لا ملازمة تظهر، وما المانع من تعينه مع تأخر التسليم حتى إذا حل الأجل وجب تسليمه في ذلك المكان، فالأولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان وإلحاقهما بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن في العين محل النزاع، لأن أبا حنيفة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضاً إذا كان مؤجلاً، وأنه يجب تعيينه أيضاً كما سيذكره المصنف وبرأس مال السلم يمنع فيه حكم الأصل، فإنا لا نعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق لنفي الكالىء بالكالىء. فلو عقدا السلم ومشيا فرسخاً ثم سلمه إليه قبل أن يفارقه جاز. وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه. قلنا: نعم ولا يستلزم الموجب في مكان أن يوجب مقتضاه في ذلك المكان فإنه لا ملازمة عقلية في ذلك لأنه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الإيجاب مطلقاً فلا تثبت هذه الملازمة إلا سمعاً قوله: **(وعن هذا)** أي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ: إن الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده، كما لو اختلفا في صفة الثمن أو المثمن فإن اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة، فهو كما إذا اختلفا في جودته ورداءته. وقيل على

يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه. قال أبو حنيفة: أرأيت لو عقداً عقد السلم في السفينة في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الأجل، هذا مما لا يقوله عاقل. وإذ ثبت أن مكان العقد لم يتعين للإيفاء بقي مكان الإبقاء مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن وربّ السلم يطالبه في موضع يكثر فيه السلم والمسلم إليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان **(وعن هذا)** أي عما ذكرنا أن جهالة المكان كجهالة الوصف قال: **(من قال من المشايخ إن الاختلاف في المكان يوجب التخالف)** عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين وقيل: **(على عكسه)** أي لا يوجب التخالف عنده بل القول للمسلم إليه. وعندهما يوجبه لأن تعين المكان قضية العقد: أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد. وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الأجل، والاختلاف فيه لا يوجب التخالف، وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة. وصورة الثمن: اشترى شيئاً بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده، وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد. وقيل إنه لا يشترط بالاتفاق، والأول أصح **(وهو اختيار شمس الأئمة)** لأن الثمن مثل الأجرة وهي منصوص عليها في كتاب الإجارات. وصورة الأجرة: استأجر داراً أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده خلافاً لهما ويتعين في إجارة الدار مكانها، وفي الدابة تسلم في مكان تسليمها. وصورة القسمة: اقتسما داراً وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلاً أو موزوناً موصوفاً في الذمة يشترط عنده بيان مكان الإيفاء خلافاً لهما ويتعين مكان القسمة. قال: **(وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء الخ)** وقد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة. وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو أمر إنساناً بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجاناً. وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة، واتفقوا على أن بيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة، ولكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء؟ فيه روايتان **(في رواية الجامع الصغير وبيوع الأصل)** يتعين لأنه موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر في الإجارات **(يوفيه في أيّ مكان شاء وهو الأصح، لأن الأماكن كلها سواء)** إذ المالية لا

قوله: **(قال أرأيت لو عقدا السلم الخ)** أقول: ناظر إلى قوله: **(ولأبي حنيفة يعني قال ولأبي حنيفة أرأيت الخ)**.

قال المصنف: **(لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه)** أقول: هذا لا يلائم لما ذكره أبو حنيفة في تعليل المسألة الثانية فتأمل.

أيّ مكان شاء، وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء، ولا وجوب في الحال. ولو عينا مكاناً؛ قيل لا يتعين لأنه لا يفيد، وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا.

عكسه: أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم إليه، لأن تعيين المكان ليس قضية العقد عنده. وعندهما يتحالفان لأن تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فالاختلاف فيه يوجب التحالف بالإجماع فكذا هنا قال **(وعلى هذا الاختلاف الثمن)** في البيع الناجز إذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل في بيع العين **(والأجرة)** بأن استأجر داراً مثلاً بما له حمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا **(والقسمة)** فيما **(إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة. وقيل لا يشترط ذلك في الثمن)** بالإجماع **(والصحيح أنه يشترط)** عنده **(إذا كان موجلاً وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي. وعندهما يتعين مكان الدار)** في القسمة **(ومكان تسليم الدابة)** في الإجارة **(للإيفاء)** قوله: **(وما لم يكن له حمل ومؤنة)** كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ: يعني القليل منه وإلا فقد يسلم في أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالاً، وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء عندهم وهو الأصح من قول الشافعي **(ويوفيه في المكان الذي أسلمه فيه)** وكلما قلنا يتعين مكان العقدِ معناه إذا كان مما يتأتى التسليم فيه ومالاً بأن أسلم إليه درهماً في مركب في البحر أو جبل فإنه يجب في أقرب الأماكن التي يمكن فيها منه. قال المصنف **(وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع)** يعني من أصل المبسوط، وذكر في الإجارات من أصل المبسوط **(يوفيه في أي مكان شاء، وهو الأصح)** والأصح من قول الشافعي أيضاً **(لأن الأماكن كلها سواء)** إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة، بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها، بخلاف ما له مؤنة فإن الحنطة والحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشتري في المصر بأكثر مما يشتري في السواد **(ولو عينا مكاناً، قيل لا يتعين لأنه لا يفيد)** والشرط الذي لا يفيد لا يجوز **(وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق)** وهو الأصح، وبه قال الشافعي وأحمد، ذكره في التحفة **(ثم لو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا)** يعني: أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة. قيل هذا إذا لم يكن المصر عظيماً، فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز إلا أن يبين لأنه مفض إلى المنازعة، ذكره في المحيط. ولو شرط أن يوفيه في مكان يحمله إلى منزله لا خير فيه. ولو شرط الحمل إلى منزله ابتداء قيل يجوز استحساناً. وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم. وقيل إنما لا يجوز قياساً إذا شرط الإيفاء في موضع ثم الحمل إلى منزله. أما لو شرط الإيفاء في منزله فيجوز قياساً واستحساناً. وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه إلى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، وعند محمد لا يجوز، هذا إذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة، فإن كان لا يجوز البيع. ولو اشترى طعاماً بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالإجماع كيفما كان،

تختلف باختلاف الأماكن فيه قوله: **(ولا وجوب في الحال)** جواب عما يقال يجوز أن يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره، فلو عين مكاناً قيل لا يتعين لأنه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة، ولا تختلف ماليته باختلاف الأمكنة: وقيل يتعين وهو الأصح لأنه يفيد ربّ السلم سقوط خطر الطريق، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من أنه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة. وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والأجرة والقسمة. وقيل هذا إذا لم يكن المصر عظيماً، فلو كان بين

قوله: **(وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والأجرة والقسمة)** أقول: لا يخفى عليك بعد هذا القيل قوله: **(فإذا افترقا كذلك)** أقول: يعني إذا افترقا من غير قبض قوله: **(وهذا وجه الاستحسان)** أقول: أشار بقوله هذا إلى قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل

قال: **(ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه)** أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين، وقد نهى النبيّ عليه الصلاة والسلام عن الكالىء بالكالىء وإن كان عيناً، فلأن السلم أخذ عاجل بآجل، إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم، ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم، ولهذا قلنا: لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم، وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير

ولو شرط أن يوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضاً، ولا يجوز أخذ الكراء وإن شاء رده إليه ليسلمه في المكان المشروط لأنه حقه قوله: **(ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه)** بدناً. **تحقيقه أن** قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة **(أما إذا كان)** رأس المال **(من النقود فلأنه)** لو لم يقبض **(افتراق عن دين بدين)** لأنها لا تتعين فلا يقع العقد إلا على دين في الذمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه **(وقد نهى رسول الله ﷺ عن الكالىء بالكالىء)**[1] أي النسيئة بالنسيئة، إلا أن مالكاً رحمه الله يجيز التأخير ويقول: إذا لم يشرط التأجيل لا يخرجه إلى الدين عرفاً، ويقولنا قال الشافعي وأحمد **(وإن كان عيناً)** ففي القياس لا يشترط تعجيله لأن عدم تسليمه لا يؤدي إلى بيع دين بدين بل بيع عين بدين. وفي الاستحسان يشترط إعمالاً لمقتضى الاسم الشرعي، لأن الإسلام والإسلاف في كذا ينبىء عن تعجيل المسلم دون الآخر لأن وضعها في الأصل لأخذ عاجل بآجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها لو فرضنا فرضاً أنها صارت إعلاماً فأصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الأحكام فلزم التعجيل **(ولأنه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم)** إليه إذ الفرض إفلاسه وحاجته إلى العقد لإفلاسه فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه إلى الأجل **(و)** لهذا: أي لاشتراط التسليم قلنا: **(لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم)** الذي هو الملك، وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر، فإنه وإن خرج البدل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الآخر، وعلى قولهما هو ملك متزلزل فإنه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لأن تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض، وهذا بخلاف الاستحقاق فإن رأس المال إذا ظهر مستحقاً لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز إجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وإن كان

نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لأن فيه جهالة مفضية إلى المنازعة. قال: **(ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال)** معناه أن السلم لا يبقى صحيحاً بعد وقوعه على الصحة إذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صحبه بدناً لا مكاناً، حتى لو مشيا فرسخاً قبل القبض لم يفسخ ما لم يتفرقا عن غير قبض، فإذا افترقا. كذلك فسد، أما إذا كان رأس المال من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين، وقد نهى النبيّ ﷺ عن الكالىء بالكالىء: أي النسيئة بالنسيئة وإن كان عيناً، فلأن السلم أخذ عاجل بآجل، إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل، والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلاً ليكون الحكم ثابتاً على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فإنها عقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسمائها لغة، وهذا وجه الاستحسان، والقياس جوازه، لأن العروض تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد إلى بيع الدين بالدين، بخلاف الدراهم، ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب: أي ليتصرف المسلم إليه فيه فيقدر

قوله: **(والقياس جوازه الخ)** أقول: إذا كان رأس المال عيناً قال المصنف: **(ولأنه لا بد من تسليم رأس المال)** أقول: في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لا يخفى. ثم اعلم أن قوله ولأنه لا بد الخ الشارح معطوف على قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل. قوله: **(لأن خيار الشرط يمنع)**، إلى قوله: **(والقبض مبني عليه الخ)** أقول: فيه أنه حينئذ يكون مانعاً عن القبض نفسه لا عن تمامه قوله: **(أحدهما أن الضمير في قوله فيه)** أقول: حيث قال: وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية قوله: **(ويجوز أن يعود إلى قوله التهمة)** أقول: فيه بحث.

---

(١) تقدم تخريجه في باب الربا وإسناده غير قوي.

مفيد، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض، ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافاً لزفر، وقد مر نظيره **(وجملة الشروط جمعوها في قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله، فإن أسلم مائتي درهم في كرّ حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد)** لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارىء، إذ السلم وقع صحيحاً، ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا،

الاستحقاق يمنع الملك لأن منعه الملك ليس بقضية السبب. بل السبب وجد مطلقاً لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز أن يجيز ذلك الغير، فإذا أجاز التحقت الإجارة بحالة العقد. بخلاف خيار الشرط فإن عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالإبطال من عدم القبض، وهذا لأن المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم أصلاً وهو الملك فلا قبض، ولذا قلنا إن إعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف إذا كان في البيع خيار للبائع وإعتاق المشتري من الفضولي يتوقف **(وكذا لا يثبت فيه)** أي في السلم **(خيار رؤية)** بالإجماع **(لأنه غير مفيد)** إذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة، فإذا رد المقبوض عاد ديناً كما كان لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد قد ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله، ولأن إعلام الدين ليس إلا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية، ذكره في الكافي. ولا يشكل بالاستصناع فإنه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية: يعني إذا رد ما يأتي به ينفسخ لأنا لا نسلم أن المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سيأتي، وأما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لأنه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة، وهذا إذا كان عيناً مثلياً أو قيمياً **(بخلاف خيار العيب)** في المسلم فيه فإنه يصح **(لأنه لا يمنع تمام القبض)** لأن تمامه بتمام الصفقة وتمامهما بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد قوله: **(ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز)** السلم **(خلافاً لزفر)** وإنما قيد بقيام رأس المال لأنهما لو أسقطاه بعد إنفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحاً اتفاقاً لأنه بالإهلاك صار ديناً في ذمة المسلم إليه، فلو صح كان برأس مال هو دين، وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد، ولأنه الآن في معنى الابتداء، إذ قبل الإسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً، وقول الشافعي ومالك كقول زفر **(وقد مرّ نظيره)** في باب البيع الفاسد، وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل حلوله ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لهم. قال المصنف رحمه الله **(وجملة الشروط جمعوها إلى آخره)** فإعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تتم خمسة، ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني إذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطريفية، فإن لم تختلف وتساوت رواجاً يعطيه من أيها شاء، ولو تفاوتت رواجاً انصرف إلى غالب نقد البلد كما في البيع، وينبغي في ديارنا إذا سمى

على التسليم **(ولهذا)** أي ولاشتراط القبض **(قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما، لأن خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم)** وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه، وما كان مانعاً من المبني عليه فهو مانع عن المبني، وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لأن فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين، فلو رد المأخوذ عاد إلى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانياً وثالثاً إلى ما لا يتناهى، فإذا لم يفد فائدته لا يجوز إثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لأن العقد ينفسخ عند الرؤية إذا رد المبيع لأنه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ، قيل فيه إشكالان: أحدهما أن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه، لا سبيل إلى الأول لأن خير الرؤية ثابت في رأس المال، صرح به في التحفة وقال: لا يفسد به السلم، ولا إلى الثاني لانتفاء التقريب لأنه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق، وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان أجنبياً. والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية. والجواب عن الأول أنه يعود للمسلم فيه وذكره استطراداً، ويجوز أن يعود

وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع؛ ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحاً.

مؤيدية يعطيه الأشرفية والجقمقية لتعارف تسمية الكل مؤيدية، والاستواء في المالية والرواج وإعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الإيفاء يتم أحد عشر، وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع، فإن القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا، ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وإفلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وأن لا يكون حيواناً، وانتقاد رأس المال إذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وأن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا وعدم الخيار، فظهر أن قوله وجملة الشروط لم يتم. ثم فرّع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرّ حنطة **(منها مائة دين على المسلم إليه ونقده مائة أن السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد)** في الكل خلافاً لزفر رحمه الله. وجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد. وأيضاً فقد جعل قبول العقد في صحة الدين شرطاً لقبوله في صحة النقد فهذا شرط فاسد. ولنا أن الفساد طارىء. فلا يشيع في غير محل المفسد، أما إن أضاف العقد إلى مائتين مطلقاً بأن قال أسلمت إليك مائتين في كذا ثم جعل إحداهما الدين فظاهر، وأما إن أضاف إلى الدين والعين جميعاً بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك، وإن قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين، والصحيح أن الجواب فيهما عدم الفساد عنده لأن العقد لا يتقيد بالدين، ولو قيد به بدليل: من اشترى عبداً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل إلا إذا كان يعلمان عدم الدين فيفسد لأمر آخر وهو أنهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعاً بلا ثمن، بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فإنه يشيع الفساد، ولذا قيد المصنف كون المائة ديناً على المسلم إليه لأن المائة على الأجنبي ليست مالاً في حقهما، وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك، بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة، ولهذا لو نقض المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد شرطاً إلى آخره إذ لم يلزم الفساد بالإضافة لفظاً إلى الدين وكان الفساد طارئاً بلا شبهة. وقال في المنظومة:

إن كان رأس المال نوعين نقد — هذا ودين ذاك فالكل فسد
إن لم يبين قسط ذا وقسط ذا — والبرّ في الشعير والزيت كذا

فاستشكلت على مسألة الكتاب فقيل: إنما قيد بالنوعين، لأنه إذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية. واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لأن عنده إذا ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لأنه يصير قبول الفاسد شرطاً إلى آخره، قال: إلا أن هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الطارىء، وهذا طارىء لأن قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة، أما العقد في نفسه فصحيح. واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصفى بأن هذا يقتضي أن لا يفسد في النقد إذا كان رأس المال نوعين

إلى رأس المال وهو إن كان ديناً في الذمة يتسلسل ولا يفيد، وإن كان عيناً وجب أن لا يفيد لإفضائه إلى التهمة. وعن الثاني أنا لا نسلم أن المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض لأن تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد **(ولو أسقط)** رب السلم **(خيار الشرط قبل الافتراق)** فلا يخلو إما أن يكون رأس المال قائماً أو لا، فإن كان الثاني لم يصح العقد بالإسقاط لأن ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا إتمامه بإسقاط الخيار، وفيه نظر فإن البقاء أسهل من الابتداء. والجواب أنه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع، وإن كان الأول جاز خلافاً لزفر وقد مر نظيره، وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل الحلول فإنه ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزفر. قال: **(وجملة الشروط جمعوها)** جمع المشايخ جملة شروط السلم في إعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تعجيله، والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم، وفي إعلام المسلم فيه وهو يشتمل

قال: **(ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض)** أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد. وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز **(ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه)** لأنه تصرف فيه **(فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» أي عند الفسخ، ولأنه أخذ شبهاً

أيضاً، ثم قال: يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسألة التي قدمها المصنف تفريعاً على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال إذا كان مما يتعلق العقد على قدره، فإذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى. وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراط معرفة مقدار رأس المال إلا أن على هذا لا حاجة إلى تقييد المنظومة بكون أحدهما ديناً فإنه لو كان عينين فسد فيهما لذلك أيضاً قوله: **(ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض: أما الأول)** وهو رأس المال فإنما لا يجوز للمسلم إليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق **(وأما الثاني)** وهو المسلم فيه **(فإنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز)** لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به، أما لو دفع المسلم إليه ما هو أردأ من المشروط فقبله رب السلم أو أجود فإنه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فإنه جنس حقه فهو كترك بعض حقه وإسقاطه في حق باب السلم ومن جنس القضاء في حق المسلم إليه، وقول القدوري بعد ذلك **(ولا تجوز الشركة و)** لا **(التولية)** مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعهما في المسلم فيه، بخلاف المرابحة والوضيعة فإنه غير معتاد ولأنه دين، وفي الوضيعة إضرار برب السلم فيبعد وجودهما، بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فإنه قريب، والشركة هي معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه به، وقيل هو احتراز عن قول البعض إن التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم قوله: **(فإن تقايلا السلم لم يكن له)** أي لرب السلم **(أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله ﷺ: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»)**[1] أخرج أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[2] وهذا يقتضي أن لا يأخذ

على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر، وفي تأجيله: يعني إلى أجل معلوم، وقد تقدم بيان مقداره، وفي بيان مكان الإيفاء كما مر، وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كما بينا **(فإن أسلم مائتي درهم في كرّ حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل)** سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في إحداهما إلى الدين لفوات القبض. ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه، ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارىء إذ السلم وقع صحيحاً؛ أما إذا أطلق ثم جعلا المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا إشكال في طروّه، كما لو باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي مبيعاً بالحصة الطارئة، وأما إذا أضاف إلى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح، وهذا لأن النقود لا

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٤٥ من حديث أبي سعيد وإسناده ضعيف لضعف العوفي ولفظه سيأتي عقب رواية أبي داود.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٤٦٨ وابن ماجه ٢٢٨٣ والدارقطني ٣/ ٤٥ والبيهقي ٦/ ٢٥ كلهم من طريق عطية بن سعد العوفي عن أبي سعيد مرفوعاً.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٥١ ما ملخصه: ورواه الترمذي في علله الكبير وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن.
وقال عبد الحق: عطية العوفي لا يحتج به.

وقال ابن عبد الهادي: عطية ضعفه أحمد وغيره، والترمذي يحسّن حديثه. وقال ابن عدي: ومع ضعفه يكتب حديثه ا هـ. ومن طريق العوفي أورده ابن أبي حاتم في علله ١١٥٨ وقال: قال أبي: إنما هو عطية العوفي عن ابن عباس قوله. وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ٢٥: عطية العوفي ضعيف وأعله أبو حاتم، والبيهقي، وابن القطان، وعبد الحق بالضعف، والاضطراب ا هـ.

قلت: أعله أبو حاتم بالوقف فقط كما تقدم ا هـ. وقال الحافظ في التقريب عن العوفي: صدوق يخطىء كثيراً وكان شيعياً مدلساً ا هـ.

قلت: فهذه علة ثالثة: وهي أنه رواه عنعنة، وهو مدلس. وأما الأولى: فإن العوفي واهٍ، وأما الثانية: اضطرب فيه وقد صوب أبو حاتم وصفه. فهذه علل ثلاث تقدح بالحديث فهو ضعيف والله أعلم.

بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه، وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله، إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه، وفيه خلاف زفر رحمه الله، والحجة عليه ما ذكرناه.

إلا هو. ورواه الترمذي وحسنه وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه. وأخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور[1] وقال: اللفظ للدرهمي. وقال إبراهيم بن سعيد: فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله[2]، وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره، والترمذي يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن[3]، ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر. أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال: «إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه». وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ إلا سلمك: يعني حال قيام العقد. أو رأس مالك: أي عند الفسخ. فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه **(وهذا)** أي كونه أخذ شبهاً بالمبيع (بـ)سبب **(أن الإقالة بيع جديد في حق ثالث)** غير المتعاقدين والشرع ثالث، وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع إلى القبض؛ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد إقالة البيع قبل القبض تبطل الإقالة، وذلك غير ممكن هنا لأن بالإقالة يسقط المبيع لأنه دين لا عين فيتلاشى فلا يعود لكنها قد صحت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لأنه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعاً ليس محالاً. وأورد عليه: لو كانت بيعاً جديداً لكانت بيع سلم لأنها إقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الإقالة في المجلس ولم يلزم بالإجماع، فأجاب عنه المصنف **(بأنه)** يعني عقد الإقالة **(ليس في حكم الابتداء من كل وجه)** وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترقا عن دين بدين، وذلك إنما يكون إذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالإقالة. ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكلف يسير. وحاصل جواب صاحب الإيضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطاً فيه فليس شرطاً له **(وفيه خلاف زفر)** أي في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم إليه بعد إقالة السلم. فعنده يجوز أن يشتري به ما شاء وهو

تتعين في العقود إذا كانت عيناً فكذا إذا كانت ديناً فصار الإطلاق والتقييد سواء؛ ألا ترى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحاً فيبطل بالافتراق لما بينا أن النبيّ ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء. وقيد بقوله **(مائة منها دين على المسلم إليه)** لأن الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لأنها ليست بمال في حقهما. قال: **(ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه الخ)** لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم احترازاً عن الكالىء بالكالىء، فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز، ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري، فرأس المال إن كان مثلياً جاز أن يبيع مرابحة، وإن كان قيمياً لا يجوز إلا ممن عنده ذلك الثمن **(ولا تجوز الشركة)** وهو أن يشترك شخص آخر في المسلم فيه (و) لا **(التولية)** وصورتها ظاهرة، وإنما خصهما بالذكر بعدما دخلا في العموم لأنهما أكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة. وقيل احتراز عن قول البعض إن التولية

قوله: **(لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم)** أقول: يعني أن القبض شرط صحة السلم قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» يعني حالة البقاء وعند الفسخ)** أقول: قوله حالة البقاء ناظر إلى قوله: «إلا سلمك» وقوله عند الفسخ ناظر إلى قوله: «أو رأس مالك».

---

(١) يعود الضمير هنا على رواية أبي داود، وابن ماجه. لا على لفظ صاحب الهداية اهـ فتنبه.

(٢) هذا سياق الدارقطني في إحدى روايتيه وهو قريب من سياق صاحب الهداية.

(٣) كذا قال. والصواب أنه واه وقد بينت علله انظر تخريجه المتقدم.

قال: **(ومن أسلم في كرّ حنطة فلما حلّ الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كراً وأمر ربّ السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء، وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز)** لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبيّ عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، وهذا هو

القياس، لأنه بالإقالة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم إليه فيستبدل به كسائر الديون. قال **(والحجة عليه ما ذكرنا)** من الأثر والمعنى فهو استحسان بالأثر مقدم على القياس قوله: **(ومن أسلم في كر)** وهو ستون قفيزاً أو أربعون على خلاف فيه، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف **(فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرّاً وأمر ربّ السلم أن يقبضه قضاء)** عن المسلم فيه فاقتضاه ربّ السلم بحقه بأن اكتاله مرة وجازه إليه لم يكن مقتضياً حقه، حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه ويطالبه ربّ السلم بحقه **(وإن أمره أن يقبضه له)** أي للمسلم إليه **(ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له)** أي رب السلم للمسلم إليه **(ثم اكتاله)** مرة أخرى **(لنفسه)** صار مقتضياً مستوفياً حقه وهذا **(لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان)**[1] صاع البائع وصاع المشتري **(وهذا هو محمل الحديث على ما مر)**[2] في الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث قال المصنف: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين. والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمى فيه وهو الكرّ، وهو إنما يتحقق بالكيل فكان الكيل معيناً للمستحق بالعقد وهذان عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه؛ ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيله إقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم إليه من بائعه الكرّ والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم إليه وربّ السلم عند قبضه لأن المسلم إليه يصير بائعاً من رب السلم ما اشتراه لأن المأخوذ ليس عين حقه فإنه دين، وهذا عين قاصصه به، وقد أخذوا في صحة الأمر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه. وعندي ليس هذا بشرط، بل الشرط أن يكيله مرتين، حتى لو قال له اقبض الكرّ الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضاً، لأن الفرض أنه لا يصير قابضاً لنفسه بالكيل الأول بل الثاني، فلما قال اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضاً لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن

جائزة لأنها إقامة معروف فإنه يولي غيره ما تولى **(فإن تقايلا السلم لم يكن لربّ السلم أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله ﷺ «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»)** يعني حالة البقاء وعند الفسخ، وهذ نص في ذلك **(ولأنه أخذ شبها بالمبيع)** **(لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث)** وهو الشرع، والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك **(لسقوطه)** بالإقالة **(ف)**لا بد من **(جعل رأس المال مبيعاً)** ليرد عليه العقد وإلا لكان ما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديناً مثل المسلم فيه، وإذا أمكن أن يكون الدين معقوداً عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلأن يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى، وإذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما أشبهه. فإن قيل: إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتباراً للانتهاء بالابتداء: أجاب بقوله **(لأنه)** أي لأن عقد الإقالة **(ليس في حكم الابتداء من كل وجه)** لأنه بيع في حق الكل والإقالة بيع في حق ثالث لا غير، وليس من ضرورة اشتراط القبض في الأول اشتراطه في الثاني بالضرورة، فإن ثبت بالتنبيه وهو أن اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكالىء بالكالىء والمسلم فيه سقط بالإقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض، والتأمل يغني عن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار معقوداً عليه سقط اشتراط قبضه، فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد، لكن المصنف دفع وهم من

قوله: **(فيما هو بيع من وجه دون وجه)** أقول: وهو الإقالة قوله: **(لأن عقد الإقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لأنه بيع في حق الكل)** أقول: ضمير لأنه راجع إلى الابتداء قوله: **(وهي طريقة)** أقول: ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة.

---

(١) تقدم في باب المرابحة والتولية.

(٢) أي في المرابحة والتولية.

محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقاً لكن قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة. وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء. وإن لم يكن سلماً وكان قرضاً فأمره بقبض الكرّ جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقاً حكماً فلا تجتمع الصفقتان.

الآمر وثانياً ليصير هو قابضاً لنفسه ففعل ذلك صار قابضاً حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضاً. ولفظ الجامع يفيد ما قلنا، فإنه لم يزد فيه على قول فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز. وقوله: **(والسلم وإن كان سابقاً إلى آخره)** جواب سؤال مقدر وهو أن يقال بيع ربّ السلم مع المسلم إليه كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه فلا يكون المسلم إليه بائعاً بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي. فأجاب بقوله السلم وإن كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه **(لكن قبض)** رب السلم **(المسلم فيه لاحق)** لشرائه من بائعه **(وأنه)** أي قبض المسلم فيه **(بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة)** واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كي لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره إياه مطلقاً فأخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم إليه بعد شرائه من بائعه. والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات: لو أسلم مائة في كرّ ثم اشترى المسلم إليه من ربّ السلم كرّ حنطة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرّ لم يجز لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. يريد أن ربّ السلم اشترى ما باعه وهو الكرّ قبل نقد الثمن بأقل مما باعه، وإنما يلزم ذلك إذا جعلا عند القبض كأنهما جددا عقداً، ومثل هذا فيما لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم إليه موزوناً كذلك إلى آخره لا يجوز قبض رب السلم، بخلاف ما لو اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو ملكها بإرث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة، وتجوّز به يكتفي بكيل واحد، لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم. ولو اشترى المعدود عداً والسلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العدّ في بيع المعدود بعد شرائه عدّاً هذا **(فلو لم يكن سلماً)** ولكن أقرضه **(فأمره بقبض الكرّ)** ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة **(جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقاً فلم**

عسى يتوهم نظراً إلى كونه رأس المال وجوب قبضه، ولو أبرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقوداً عليه حيث لا يجوز قبضه: ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله:

ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم ... بهنّ فلول من قراع الكتائب

قوله: **(وفيه)** أي في جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعاً **(خلاف زفر)** هو يقول رأس المال بعد الإقالة صار ديناً في ذمة المسلم إليه، فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين **(والحجة عليه ما ذكرناه)** من الحديث والمعقول. قال: **(ومن أسلم في كرّ فلما حل الأجل الخ)** رجل أسلم في كرّ الحنطة وهو ستونَ قفيزاً **(فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرّاً وأمر ربّ السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء)** حتى لو هلك المقبوض في يد ربّ السلم كان من مال المسلم إليه **(وإن أمره أن يقبضه لأجل المسلم إليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل)** الأولى صفقة المسلم إليه مع بائعه والثانية صفقته مع ربّ السلم **(فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبيّ ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، وهذا هو محمل الحديث على ما مر)** في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما يتبين. قوله: **(والسلم وإن كان سابقاً)** جواب عما يقال بيع المسلم إليه مع ربّ السلم كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه فلا يكون المسلم إليه بائعاً بعد الشراء فلا تتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهي، وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك **(لكن قبض المسلم فيه لاحق)** وقبض المسلم فيه **(بمنزلة ابتداء البيع)** لأن المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما

قال: (**ومن أسلم في كرّ فأمر ربّ السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر ربّ السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء**) لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر، لأن حقه في الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه لم

تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيلان لأن هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتاً لزم تملك الشيء بجنسه نسيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا، ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأنه بيع بجنسه نسيئة، وكذا لو كان الدين الأول سلماً فلما حل اقترض المسلم إليه من رجل كراً وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا، وهذا لأن عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة، ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل قوله: (**ومن أسلم في كرّ فأمر ربّ السلم المسلم إليه أن يكيله له في غرائر ربّ السلم**) والموضع موضع الإضمار فيهما لكنه أظهره لدفع الإلتباس (**ففعل وهو**) أي رب السلم (**غائب لم يكن قضاء**) حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه والتقييد بغيبته، لأنه لو كال فيها ورب السلم حاضر يصير قابضاً بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (**لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر، لأن حقه في الدين لا العين فصار المسلم إليه مستعير الغرائر منه جاعلاً ملك نفسه فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع**) الدائن إليه كيساً (**ليزنها المديون فيه لم يصر قابضاً**) هذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد، فإن كان قيل لا يصير قابضاً لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير. قال في المبسوط: والأصح عندي أنه يصير قابضاً لأن أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضاً، وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم إلى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي بهما خاتماً ففعل جاز وصار بالخلط قابضاً (**ولو كانت مشتراة**) غير مسلم فيه (**والمسألة بحالها**) أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيلها فيها ففعل بغيبته (**وصار قابضاً لأن الأمر قد صح**) هنا (**لأنه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه**) ونظيره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم إليه كان الدقيق للمسلم إليه، فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراماً لأنه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه، ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري، فلو هلك الدقيق في الأول هلك من ملك المسلم إليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان؛ ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه، ومثله (**إذا أمر**) رب السلم المسلم إليه (**أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم إليه**) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضاً فيهلك (**من مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل**) الواحد (**في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري**) وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي إلا بكيلين على ما مر قبل باب الربا، ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيله في غرائر البائع ففعل

وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل (و) إن (**كان**) الكرّ (**قرضاً فأمر**) المستقرض المقرض (**بقبض الكر**) ففعل (**جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة**) ولو لم يكن إعارة لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأن التأجيل في العوارى غير لازم فيكون المردود عين المقبوض (**مطلقاً حكماً فلا تجتمع الصفقتان**) وكذا لو استقرض المسلم إليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد، قال: (**ومن أسلم في كرّ فأمر رب السلم الخ رجل أسلم في كرّ فأمر** رب السلم **أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل وهو**) أي رب السلم (**غائب لم يكن**) له في غرائره طعام فإنه لا يكون (**قضاء**) فلو هلك هلك من مال المسلم إليه (**لأن الأمر بالكيل لم**) يصادف ملك الآمر إذ حقه في الدين لا في العين فلا (**يصح**) الأمر (**وصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها، فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضاً**) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره إلى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضاً لأنه ملكه بالشراء لا محالة فصح الأمر لمصادفته الملك، وإذا صح صار البائع وكيلاً عنه في إمساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد

يصر قابضاً، ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضاً لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع؛ ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر، وكذا إذا أمره أن يصبه في البحرة في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري، ويتقرر الثمن عليه لما قلنا، ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر

بغيبته لم يصر قابضاً **(لأنه استعار غرائره ولم يقبضها)** فلم تتم الإعارة لأنها لما كانت عقد تبرع لم تتم إلا بالقبض **(فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه)** على تأويل الظرف ونحوه **(وصار كما لو أمر المشتري)** البائع **(أن يكيله ويعزله في مكان من بيت البائع)** ففعل بغيبته لم يصر قابضاً **(ولو اجتمع الدين والعين)** بأن اشترى رب السلم من المسلم إليه كرّاً معيناً بعد حلول السلم فأمره أن يكيل في غرائر المشتري كليهما ففعل بغيبته، إن بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضاً لهما **(أما العين فلصحة الأمر فيه)** لأنه لاقى ملكه **(وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً كمن استقرض حنطة)** ولم يقبضها **(ثم أمر)** المقرض **(أن يزرعها في أرض المستقرض، وكمن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار)** ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما **(وإن بدأ بالدين)** فكاله في الغرائر **(لم يصر قابضاً، أما في الدين فلعدم صحة الأمر)** لما قلنا **(وأما)** في **(العين فلأنه يخلط مال المشتري)** بجنسه من مال نفسه **(يصير مستهلكاً له عند أبي حنيفة فينتقض البيع)** بهلاك المبيع قبل القبض. لا يقال: هذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكاً لأنه بأمره. أجاب المصنف بمنع إذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين **(وعندهما)** لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري **(بالخيار إن شاء نقض البيع)** لعيب الشركة **(وإن شاء شاركه في المخلوط)**. وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالكه قابضاً به. أجيب بأن المعقود عليه ثمة الفعل لا العين، والفعل لا يجاوز الفاعل لأنه عرض لا يقبل الانتقال قوله: **(ومن أسلم جارية في كرّ حنطة)** حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الإقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة؛ ففي السلم تجوز الإقالة قبل هلاك الجارية وبعده لأن صحة الإقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع إلى أن يقبض؛ ففي السلم المبيع قصداً هو المسلم فيه، فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت

المشتري حكماً فما وقع فيها صار في يد المشتري قوله: **(ألا ترى)** توضيح لتملكه بالبيع **(فإنه إذا أمره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري)** وإذا أمره أن يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم إليه **(وفي الشراء من مال المشتري)** وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعدمها وصحته موقوفة على الملك، فلولا أنه ملكه لما صح أمره، ويجوز أن يكون توضيحاً لقوله لأن الأمر قد صح **(ولهذا)** أي ولأن الأمر قد صح **(يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأن البائع نائب عنه في الكيل)** فإن قيل: البائع مسلم فكيف يكون متسلماً. أجاب بقوله: **(والقبض بالوقوع)** أي وتحقق القبض بالوقوع **(في غرائر المشتري)** فلا يكون مسلماً ومتسلماً، وإنما قال في الصحيح احترازاً عما قيل لا يكتفي بكيل واحد تمسكاً بظاهر ما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري». وقد مر قبل باب الربا **(ولو أمر المشتري البائع أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر)** المشتري **(قابضاً لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده)** لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض، فكذا ما وقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضاً لأنه مستعير لم يقبض قوله: **(ولو اجتمع الدين والعين)** صورته رجل أظلم في كرّ حنطة فلما حل الأجل اشترى من المسلم إليه كرّاً آخر بعينه ودفع غرائره إليه ليجعل الدين: أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو البائع من أن يجعل فيها أولاً الدين أو العين، فإن كان الثاني **(صار)** المشتري قابضاً لهما جميعاً، أما العين فلصحة الأمر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الآمر. ورد بأنه لا يصلح نائباً عن المشتري في القبض كما لو وكله كذلك نصاً. وأجيب بأنه ثبت ضمنا وإن لم يثبت قصدا، وأما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض **(كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه، وكمن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن**

المشتري، ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضاً لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده، فكذا ما يقع فيها، وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضاً، ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري، إن بدأ بالعين صار قابضاً، أما العين فلصحة الأمر فيه، وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً، كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه،

الإقالة إذا ماتت قبل الإقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه، وإذا جازت انفسخ في الجارية تبعاً فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لأن السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب، وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلاً لا تجوز الإقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الإقالة قبل القبض لأن الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الإقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة إذا هلكت بعدها، ولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الإقالة بعد هلاكها إذا كان العرض الآخر باقياً لأن كلاً منهما مبيع من وجه قوله: **(ومن أسلم إلى رجل إلى آخره)** الأصل في هذه المسائل أنهما إذا اختلفا في الصحة، فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول قول من يدعي الصحة، وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره.

قال أبو حنيفة: القول قول من يدعي الصحة أيضاً إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقالا القول قول المنكر وإن أنكر الصحة. إذا عرف هذا جئنا إلى المسائل **(أسلم إلى رجل في كرّ فقال المسلم إليه شرطت لك رديئاً وقال ربّ السلم لم تشترط فالقول قول المسلم إليه)** بالاتفاق وهو قول الشافعي **(لأن ربّ السلم متعنت)** لأنه بإنكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه **(لأنه)** على كل حال **(يربو على رأس المال في العادة)** وإن كان رأس المال نقداً والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا العاجل بذاك الأجل، ولولا أنه يربو عليه وإن كان آجلاً لم تطبق آراؤهم عليه، وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الآخر بلا معارض وأما التوجيه بأن الظاهر الصحة إلى آخره فيخص أبو حنيفة تمشيته في غير هذا المحل، والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر وهما لا يقولان إن القول لمدعي الصحة دائماً ليعللا دائماً هنا بظهورها في مباشرة العاقد **(وفي عكسه)** بأن ادعى رب السلم شرط الرديء وأنكر المسلم إليه الشرط أصلاً لم يذكره محمد في الكتاب **(وقالوا)** أي المشايخ يجب **(أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة)** وهو قول الشافعي **(لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً)** وكلامه خصومة **(وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة)** وسيقرر المصنف الوجه في تلك المسألة التي تلي هذه **(ولو قال)** المسلم إليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب **(السلم)** أي بالاتفاق، وكذا

يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشكل بالصبغ، فإن الصبغ والبيع اتصلا بملك المستأجر، ولم يصر قابضاً لأن المعقود عليه في الإجارة الفعل لا العين، والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلاً بالثوب فلا يكون قابضاً، وإن كان الأول لم يصر قابضاً. أما الدين فلعدم صحة الأمر لعدم مصادفته الملك لأن حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور بجعله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر **(وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فينفسخ العقد)** فإن قيل: الخلط حصل بإذن المشتري فلا ينقض البيع. أجاب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الآمر قابضاً هو الذي كان مأذوناً به. وفي عبارة المصنف تسامح لأنه حكم بكون الخلط غير مرضى به جزماً، واستدل بقوله: **(لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين)** فيكون الدليل أعم من المدعي ولا دلالة للأعم على الأخص، ويجوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم أن هذا الخلط غير مرضى به قوله: **(لجواز)** سند المنع فاستقام الكلام **(وعندهما المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما)**. قال: **(ومن أسلم جارية في كرّ حنطة الخ)** رجل أسلم جارية في كرّ حنطة ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الإقالة بهلاكها، لأنهما لو تقايلا بعد هلاك

وكمن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار، وإن بدأ بالدين لم يصر قابضاً، أما الدين فلعدم صحة الأمر، وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع، وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

في مقداره وهو قول الشافعي لأن كلام المسلم إليه هنا تعنت لأنه ينكر ما ينفعه وما هو حقه قوله: **(وهو الأجل)** لأن الأجل لترفيه السلم إليه وهذا استحسان. وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعي الفساد لأن المسلم فيه لما كان في العادة يربو على رأس المال كان إنكار المسلم إليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتاً، وهذا الإيراد هو وجه القياس، فأجاب عنه المصنف بقوله **(والفساد لعدم الأجل ليس متيقناً)** حتى يكون إنكاره إنكار الصحة دافعاً لزيادة المسلم فيه لأن السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين **(فلا يعتبر النفع في ردّ رأس المال)** لأنه ليس بلازم قطعاً **(بخلاف عدم الوصف)** كالرداءة ونحوها على ما تقدم فإنه ملزوم قطعاً للفساد **(وفي عكسه)** وهو أن يدعي المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره **(القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه)** وهو زيادة الربح الكائن في قيمة المسلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار **(كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فإن القول لرب المال لأنه ينكر استحقاق)** زيادة **(الربح)** وإن تضمن ذلك إنكار الصحة. ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط، لأن على هذا التقدير القول للمضارب، ولأن إنكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا **(وعند أبي حنيفة القول للمسلم إليه)** وهو قول الشافعي **(لأنه يدعي الصحة وقد اتفقنا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً)** إذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد، ولأنه هو المفيد لتمام الفرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعاً، ولأن شرط الشيء تبع له، فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه، فإنكار الأجل إنكار بعد الإقرار ظاهراً فلا يقبل، وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود أو بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود **(بخلاف المضاربة)** لأنه أي عقد المضاربة **(ليس بلازم)** ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شرائه

الجارية كانت الإقالة صحيحة لأنها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه، وفي السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه، وإذا صح ابتداء صح انتهاء لأن البقاء أسهل من الابتداء، وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية، فكأن أحد العوضين كان قائماً فلا يرد ما قيل إن الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالإقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الإقالة، وقد تقدم في الإقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الإقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء، وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج إلى شرح. قال: **(ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرّ حنطة الخ)** إذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم، فمن كان متعنتاً وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلاً وهذا بالاتفاق، ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله إن ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد، وإن كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وإن أنكر الصحة، وعلى هذا إذا أسلم رجل في كرّ حنطة ثم اختلفا فقال المسلم إليه شرطت رديئاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر، فإنهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهداً للمسلم إليه وقول من شهد له

قوله: **(ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر)** أقول: لا يخفى عليك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وإن كان خصمه هو المنكر ظاهراً ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيجيء قوله: **(لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه)**، إلى قوله: **(فإنهما لما اتفقا على عقد واحد الخ)** أقول: فعلى هذا التقرير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعاً يتم المقصود بدونه.

قال: **(ومن أسلم جارية في كرّ حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها؛ ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز)** لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه، وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه، وإذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء، لأن البقاء أسهل، وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها **(ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة)** لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله، وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه.

قال: **(ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرّ حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديئاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً**

برأس المال، وكذا المضارب له فسخه، وإذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما، وإذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له **(أما السلم ف)** عقد **(لازم)** فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعي الفساد متناقضاً ظاهراً كما ذكرنا، ولأن عقد المضاربة إذا صح كان شركة، وإذا فسد صار إجارة فلم يتفقا على عقد واحد، فإن مدعي الفساد يدعي الإجارة، ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد، بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الأجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يحنث به في يمينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفسادة فالقول لمدعي الصحة. واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فإن القول للمضارب، ولم يقل اختلفا في نوع العقد. أجيب بأن المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطفاً عليه يدعي الفساد لأن

الظاهر أقرب إلى الصدق. وفيه بحث لأنا لا نسلم أن المسلم فيه يربو على رأس المال بل الأمر بالعكس فإن النقد القليل خير من النسيئة وإن كنت كثيرة. سلمناه لكنه يربو عليه إذا كان جيداً. وأما إذا كان رديئاً فممنوع. سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وهو بإطلاقه يقتضي أن يكون القول قول المنكر وإن أنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة، وذلك أقوى دليل على ربا المسلم فيه وإن كان رديئاً والاعتبار للمعاني دون الصورة؛ فمنكر صحة الصورة وإن كان منكراً لكنه مدّع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة وإن انعكست المسألة وهو أن يدعي رب السلم الوصف وأنكره المسلم إليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير. والمتأخرون من المشايخ قالوا: **(يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً)** وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة قوله: **(وسنقرزه من بعد)** يريد به ما يذكره بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما، وفي عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعيد والمطابق ونقرره. ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره لأنه ينكر ما ينفعه وهو الأجل. فإن قيل: لا نسلم أنه متعنت لأنه بإنكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم إليه وهو القياس. أجاب المصنف **(بأن الفساد بعدم الأجل غير متيقن لمن كان الاجتهاد)** فإن السلم الحالّ جائز عند الشافعي، وإذا لم يكن متيقناً بعدمه لم يلزم من إنكاره ردّ رأس المال فلا يكون النفع برد رأس المال معتبراً، بخلاف عدم الوصف وهو المسألة الأولى فإن الفساد بعدمه متيقن، وفيه نظر لأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح. فالأولى أن يقال: إن الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابة إن ثبت ذلك، وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية

قوله: **(وإن كان رديئاً)** أقول: مسلم إذا علم اشتراط العاقدين رداءة المسلم فيه قوله: **(فمنكر صحة الصورة الخ)** أقول: الأصوب أن يقال فالمدعي صورة منكر في المعنى ليطابق السؤال والاستشهاد قوله: **(لكنه مدع)** أقول: إن له حق الفسخ.

فالقول قول المسلم إليه) لأن ربّ السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة، وفي عكسه قالوا: يجب أن يكون القول لربّ السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً. وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى **(ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال ربّ السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم)** لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقاً له وهو الأجل، والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في ردّ رأس المال، بخلاف عدم الوصف، وفي عكسه القول لربّ السلم عندهما لأنه ينكر حقاً له عليه فيكون القول قوله، وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة. وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً، بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس بلازم فلا يعتبر

أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه، بخلاف قوله إلا عشرة بالاستثناء فإنه يتوقف إذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد، قيل فيه نظر لأن في الأصول فيما إذا زوجه الفضولي أختين في عقدين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان، لأنه توقف أوله على آخره بوجود المغير في آخره وإن كان بحرف العطف، وأورد أيضاً بما إذا قال: تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع أنه يدعي فساد العقد: أجيب بأنه ما أقرّ بأصل لعقد بل أنكره حيث أسنده إلى حال عدم الأهلية. واعلم أن إنكار الأجل على ثلاثة أوجه: أحدها في أصل الأجل وهي مسألة الكتاب. والثاني في مقدار الأجل والقول فيه قول من يدعي الأقل مع يمينه، فإن قامت بينة للمدعي الأكثر قضى بها، وإن قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة. والثالث في مضي الأجل إذا قال رب السلم مضى الأجل المسمى وقال المسلم إليه لا فالقول قول المسلم إليه مع يمينه لأنه ينكر توجه المطالبة عليه، ومن أقام بينة قضى له، فإن أقاماها فالبينة بينة المطلوب لأنها تثبت زيادة الأجل، هذا والاختلاف في مقدار الأجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لزفر لأنه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة: يعني أنه ما هو فإنهما يتحالفان لأن الوصف جار مجرى الأصل. وفي الخلاصة: إذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي، فإن قالا جيد أجبر على القبول، وإذا اختلفا في السلم يتحالفان استحساناً ويبدأ بيمين المطلوب عند أبي يوسف، ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد، وإن قامت لأحدهما بينة قضى بها، وإن قامت لهما بينة قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف. والمسألة على ثلاثة أوجه: لأن رأس المال إما عين أو دين، وكل وجه على ثلاثة أوجه. اتفقا على رأس المال

وغيره، وفي عكسه وهو أن يدعي المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله، وإن أنكر الصحة كربّ المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فإن القول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة. وعند أبي حنيفة القول قول المسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لأن السلم عقد واحد، إذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر. واختلفا في جوازه وفساده، وكانا متفقين على الصحة ظاهراً لوجهين: أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة. الثاني أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه، والأجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد إقراراً بالصحة، فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وإنكاره إنكار بعد الإقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فإنهما إذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فإنها إذا فسدت كانت إجارة، وإذا صحت كانت شركة، فإذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد، والمدعي للفساد مدع لعقد آخر

قوله: **(والثاني أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه)** أقول: لشرائط العقد أو لشرائط صحته؟ الأول مسلم، وليس لأجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته، والثاني غير مسلم.

الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح، أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه بالاتفاق، وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده، وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة.

قال: **(ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة)** لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما

واختلفا في السلم فيه أو على القلب أو اختلف فيهما، فإن كان رأس المال عيناً واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كرّ حنطة وقال الآخر في نصف كرّ أو في شعير أو في حنطة الرديئة وأقاما قضى ببينة رب السلم بالإجماع، وإن اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على المسلم فيه أنه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كرّ حنطة وقال الآخر في كرّ شعير وأقاما البينة قضى بالسلمين، فمحمد مرّ على أصله. وأبو يوسف يقول: كل يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر. وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير، إن اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضي بسلم واحد عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وإن كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف. ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دارهم في كري حنطة وقال الآخر خمسة عشرة في كر وأقاما، فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرّين ولا يقضي بسلمين، وعند محمد يقضي بسلمين عقد بخمسة عشر في كرّ وعقد بعشرة في كرّين. ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي أن يقضي بسلمين كما في الثوبين، وفيها: أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدني دراهم فعلى وجوه: إما إن كان كيلياً أو وزنياً أو ذرعياً، ففي الكيلي فإن أسلم في عشرة أقفزة فجاء بأحد عشر وقال زدني درهماً جاز لأنه باع قفيزاً بثمن معلوم، ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهماً فقبل جاز أيضاً فإنه إقالة في البعض فيجوز كما في الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أردأ فأعطى درهماً لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز، وقدمنا أنه في الأرداءِ والأجود يجوز بالإجماع إذا لم يكن معه شيء آخر. وفي الثوب إن جاء بأزيد بذراع وقال زدني درهماً جاز وهو ذراع بدرهم يمكن تسليمه، بخلاف بيعه مفرداً، وكذا إذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فإنه يجوز عندهم، وإن جاء بأنقص فرد معه درهماً لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لأنه إقالة فيما لا يعلم حصته لأن الذراع وصف وحصته مجهولة، هذا إذا لم يبين لكل ذراع حصة، فإن بين جاز بلا خلاف، وكذا لو جاء بأنقص وصفاً لا يجوز ولو بأزيد وصفاً جاز الكل في الأصل قوله: **(ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة لأنه أسلم في معلوم)** والرقعة يراد بها قدر، ولا خلاف

خلافه، ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل، وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل. ولما كان السلم عقداً واحداً كان الاختلاف فيه إنكاراً بعد الإقرار وهو تناقض فلم يعتبر الإنكار. وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفاً ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبراً فكأن المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر. وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة باللزوم لأنه بالفساد لا ينقلب عقداً آخر وعن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقداً آخر عند الاختلاف. فإن قيل: هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فإن القول للمضارب، وكان الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لإنكاره ما يدعيه المضارب في ماله، فالجواب أن العذر المذكور كان مبنياً على انتفاء ورود النفي والإثبات على محل واحد، وهاهنا قد ورد عليه لأن رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك إنكار بعد الإقرار لأن المعطوف يقرر المعطوف عليه، كما إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والإثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم، وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهد المقلّ دموعه. قال: **(ويجوز السلم في الثياب الخ)** السلم في الثياب جائز إذا بين

ذكرنا، وإن كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً لأنه مقصود فيه. **(ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز)** لأن آحادها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن **(ولا بأس بالسلم في اللبن والآجرّ إذا سمى ملبناً معلوماً)** لأنه عددي متقارب لا سيما إذا سمى الملبن.

في هذا بل اشتراط وزنه إذا كان حريراً فإنّ عند باقي الأئمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر، وكذا يجوز في البسط والأكسية والمسوح والجوالق والبواري إذا بين الطول والعرض والصنعة، وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والثقل من الثياب عرفاً كالوذاري يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزاً. في المنتقى: إذا باع ثوبي حرير يدا بيد لا يجوز إلا وزناً بوزن وهذا هو الصحيح في السلم، بخلاف البيع لأن الإشارة يكتفي بتعريفها في البيع، غاية الأمر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع، وفي الطول يذكر عدد الذرعان يجب أن يتوسط عند الذرع بين إرخاء الثوب ومده إن كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه إلا أن يكون أحدهما هو المتعارف، وإذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم أن لا يجوز بيعها بجنسها جزافاً فلذا ذكر القدوري أن بيع ثوب خز بثوب خز يداً بيد لا يجوز إلا وزناً كأواني الصفر قوله: **(ولا يجوز السلم في الجواهر)** بلا خلاف إلا لمالك **(ولا في الخرز لأن آحادها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً)** في المالية فإن الجوهرتين قد يتحدان وزناً ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة، اللهم إلا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزناً **(ولابأس بالسلم في اللَّبِنِ والآجر إذا سمى ملبناً معلوماً)** لأنه عددي متفاوت إذا سمى الملبن. قوله: **(لا سيما إذا سمى إلى آخره)** يعطي أنه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل إذا سمى يكون أحسن، وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتاً فاحشاً، وذكر بعضهم أنه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون، وفي عرف بلادنا يسمونه قميناً أو قميراً وهو الذي يبنى ليشوى فيه الآجر والحجارة تعمل جيراً لأنه يتفاوت في النضج تفاوتاً فاحشاً فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالمتفاوت المتقارب قوله: **(وكل ما أمكن ضبط صفته إلى آخره)** لا خلاف فيه كالقطن والكتان والإبريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر[1] والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع إذا بين طولاً وعرضاً وغلظاً والقصب وصوف الأخشاب، ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر، وقيل هو

الطول والعرض والرقعة. يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم، وإن كان ثوب حرير وهو المتخذ من الإبريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضاً لأن قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن، فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده، لأن المسلم إليه ربما يأتي وقت حلول الأجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة، وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة. قال: **(ولا يجوز السلم في الجواهر الخ)** العددي الذي تتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللآلىء والرمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لإفضائه إلى النزاع. وفي الذي لا تتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز إذا كان من جنس واحد، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم فيه لأنه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية **(ولا بأس بالسلم في اللبن والآجرّ)** إذا اشترط فيه ملبنا معروفاً، لأنه إذا سمى الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيراً فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعدى المتقارب. قال: **(وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه الخ)** هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين: أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه، ولا ينعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ما ليس بإنسان لي بحيوان. والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع، والأصل ذكر القاعدة أوّلاً ثم تفريع الفروع عليها. والجواب عنا لأول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله ﷺ: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم» الحديث، وحينئذ كان مثل قولنا كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى

---

(١) الصَفْرُ: هو ما يعمل منه الأواني، وهو ضرب من النحاس هذا إذا أراد المصنف ضم هذه الكلمة للمعادن وهو ما أراده لأنه سيذكره بعد أسطر ويصلح ضمها للحناء وما بعدها. ففي القاموس: الصَفْرَةُ: نبت سهليٌ رمليٌ ورقه كالخس ا هـ لكن كونه نبتاً لا معدناً فيه زيادة تاءٍ مربوطة ا هـ فتنبه والله أعلم.

قال: **(وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه)** لأنه لا يفضي إلى المنازعة **(وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه)** لأنه دين، وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة **(ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف)** لاستجماع شرائط السلم **(وإن كان لا يعرف فلا خير فيه)** لأنه دين مجهول.

موزون، وقيل يعتبر التعارف، وفيي عرفنا كيله في شباك الليف يسمونه أهل العرف شنيفاً قوله: **(ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك)** كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن إذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت إلا يسيراً قوله: **(وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً)** الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا أو دستاً[١]: أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه جاز استحساناً تبعاً للعين. والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي، إذ لا يمكن إجارة لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا، أو اصبغ أحمر بكذا لا يصح ولا بيعاً لأنه بيع معدوم، ولو كان موجوداً مملوكاً لغير العاقد لم يجز، فإذا كان معدوماً فهو أولى بعدم الجواز، ولكنا جوّزناه استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ «لا تجتمع أمتي على ضلالة»[٢] وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً[٣]. «واحتجم ﷺ وأعطى الحجام»[٤] مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات

قولنا كل ما ليس بإنسان ليس بناطق. وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه، وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدمة **(ولا بأس بالسلم في طست أو قمقم أو خفين أو نحو ذلك إذا اجتمع فيها شرائط السلم وإلا فلا خير فيه)** أي لا يجوز لأن الجواز خير فينتفي. قال: **(وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير ذكر الأجل جاز الخ)** الاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول اصنع لي شيئاً صورته كذا

قوله: **(أحدهما أن عكسها الخ)** أقول: فيه أنه ليس عكس الأول، بل الحكم الكلي في الثاني لانتفاء الشرط فتأمل.

---

(١) آنية يوضع فيها الطعام. والعامة تطلق عليه: طشط.

(٢) يشبه الحسن. أخرجه الترمذي ٢١٦٧ والحاكم ١/ ١١٥ ـ ١١٦ كلاهما من حديث ابن عمر: إن الله لا يجمع أمتي أو قال: أمة محمد ﷺ على ضلالة، ويد الله مع الجماعة، ومن شذّ شذّ إلى النار قال الترمذي: حديث غريب، وسليمان المدني هو عندي سليمان بن سفيان. قد روى عنه غير واحد اهـ. قلت: ساقه الحاكم من وجوه كثيرة، ومدارها على سليمان بن سفيان المدني، وقد قال عنه الحافظ في التقريب: ضعيف وقال الذهبي في الميزان: قال عنه يحيى بن معين: ليس بشيء. وقال مرة: ليس بثقة وكذا قال النسائي. وقال أبو حاتم والدارقطني: ضعيف اهـ.
ورواه الحاكم من وجه آخر عن سلم بن أبي الذيّال عن ابن دينار عن ابن عمر مرفوعاً وقال: لو كان محفوظاً من الراوي لكان من شرط الصحيح.
قال الحاكم: وله شواهد لا أدّعي صحتها. ثم أسنده عن ابن عباس مرفوعاً وفيه إبراهيم بن ميمون وثقة عبد الرزاق اهـ. وأخرجه الترمذي من حديث ابن عباس برقم ٢١٦٦ من هذا الوجه لكن اقتصر على لفظ يد الله مع الجماعة وأخرجه أحمد ٦/ ٣٩٦ والطبراني في الكبير وابن أبي خيثمة في تاريخه كما في المقاصد الحسنة ١٢٨٨ من حديث أبي بصرة الغفاري: سألت ربي أربعاً وفيه: أن لا يجمع أمتي على ضلالة.
وفيه رواية لم يسمه أحمد وإنما قال أحمد في روايته: عن أبي وهب الخولاني عن رجل قد سماه عن أبي بصرة الغفاري مرفوعاً... فذكره.
قال السخاوي: ورواه الطبراني في تفسيره عن الحسن مرسلاً وبالجملة فهو حديث مشهور المتن ذو أسانيد كثيرة وشواهد متعددة في المرفوع وغيره اهـ. فائدة: قال الترمذي: الجماعة عند أهل العلم هم أهل الفقه والعلم والحديث. وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٤١ ما ملخصه: هذا حديث مشهور له طرق كثيرة لا يخلو واحد منها من مقال اهـ.

(٣) جيد. يشير المصنف لما أخرجه النسائي ٨/ ١٩٣ وأحمد ٣/ ١٠١ كلاهما عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: قد اصطنعنا خاتماً، ونقشنا عليه نقشاً، فلا ينقش عليه أحد. وإسناده جيد رجاله ثقات.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٧٧ ومسلم ١٥٧٧ كلاهما من حديث أنس: أن أبا طيبة حجم النبي ژ فأمر له بصاع، أو صاعين من طعام، وكلّم مواليه، فخفف عن غلّته، أو ضريبته.

قال: **(وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً)** للإجماع الثابت بالتعامل. وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم، والصحيح أنه يجوز بيعاً لا عدة، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً، والمعقود عليه العين دون

وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد. ومثله شرب الماء من السقاء. وسمع ﷺ بوجود الحمام فأباحه بمئزر[٤] ولم يبين له شرطاً. وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن، وهو أن لا يذكر عدد ما يصبه من ملء الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل، وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيط قميصاً بغزل نفسه. ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة، فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور مواعدة، وإنما ينعقد عند الفراغ بيعاً بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه، ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الأول، وهذا كان على الاتفاق. والصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة، ولأنه جوّزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه، ولو كان مواعدة جاز في كل، وسماه شراء فقال: إذا رآه المستصنع فهو

وقدره كذا بكذا درهماً ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم، وهو لا يخلو إما أن يكون فيما فيه تعامل، وإليه أشار بقوله شيئاً من ذلك: أي مما تقدم من طست وقمقم وخفين أو لا. والثاني لا يجوز قياساً واستحساناً كما سيجيء والأول يجوز استحساناً والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع المعدوم، وقد نهى ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل، إليه أشار قوله بغير أجل. وجه الاستحسان الإجماع الثابت بالتعامل، فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام، ولا يشكل بالمزارعة فإن فيها للناس تعاملاً، وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الخلاف فيها كان ثابتاً في الصدر الأول دون الاستصناع. واختلفوا في جوازه هل هو بيع أو عدة، والصحيح أنه بيع لا عدة، وهو مذهب عامة مشايخنا، وكان الحاكم الشهيد يقول: هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً، ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار. وجه العامة أنه سماه في الكتاب بيعاً وأثبت فيه خيار الرؤية، وذكر القياس والاستحسان ولأنه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه، كما إذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوباً بغزل من عنده أو الخياط أن يخيط له قميصاً بكرباس من عنده، والمواعدة تجوز في الكل، وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة، ألا ترى أنهما إذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فإن لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة. فإن قيل: كيف يجوز أن يكون بيعاً والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً. أجاب **(بأن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً)** كالناسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان، والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل. فإن قيل: إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستضنع والمعقود عليه هو الصنع. أجاب **(بأن المعقود عليه هو العين دون العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز)** وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فإنه يقول: المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل. وعورض بأنه لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما، ذكره في جامع قاضيخان. وأجيب بأن الاستصناع شبها بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبها بالبيع من حيث أن المقصود منه العين المستصنع، فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل

قوله: **(ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار)** أقول: أي في رواية عن أبي حنيفة قوله: **(ألا ترى أنهما إذا تبايعا الخ)** أقول: وللحاكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتر لما لم يره فخير لذلك، وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشترياً لما لم يره فلا وجه لخياره إلا ما قررناه فتأمل.

---

(١) تقدم تخريجه في فصل بيان.

العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، ولا يتعين إلا بالاختيار، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز، وهذا كله هو الصحيح.

قال: **(وهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه)** لأنه اشترى شيئاً لم يره ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح، لأنه باع ما لم يره. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضاً لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره. وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما. أما الصانع فلما ذكرنا. وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوّز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم، وإنما قال بغير

بالخيار لأنه اشترى ما لم يره، ولأن الصانع يملك الدارهم بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها وإثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع، ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجوداً وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح إذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم. قوله: **(والمعقود عليه العين دون العمل)** نفي لقول أبي سعيد البردعي المعقود عيه العمل لأن الاستصناع ينبىء عنه كما قلنا، والأديم والصرم بمنزلة الصبغ، والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لأنه اشترى ما لم يره، ولذا لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، وإنما نبطله بموت الصانع لشبهه بالإجارة. وفي الذخيرة: هو إجازة ابتداء بيع انتهاء، لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته، ذكره محمد في كتاب البيوع. فإن قيل: لو انعقد إجارة أجبر الصانع عل العمل والمستصنع على إعطاء المسمى.

أجيب بأنه إنما لم يجبر الصانع لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه، والإجارة تفسخ

بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع. فإن قيل: أيّ فرق بين هذا وبين الصباغ، فإن في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك إجارة محضة. أجيب بأن الصبغ أصل والصبغ آلته فكان المقصود فيه العمل وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر، وهاهنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعاً، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الإجارة في حكم واحد لا غير **(ولا يتعين)** المستصنع **(إلا باختيار)** المستصنع **(حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله)** أي كونه بيعاً لا عدة، وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه إلا باختياره **(هو الصحيح)** وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك. قال: **(وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه الخ)** أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط، فيجبر على العمل لأنه بائع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له، وهو الأصح بناء على جعله بيعاً لا عدة. وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضاً إن شاء فعل وإن شاء ترك دفعاً للضرر عنه لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وإتلاف الخيط. وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما. أما الصانع فلما ذكرنا أوّلاً، وأما المستصنع فلأن الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل إلى بدله، فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لأن غيره لا يشتريه بمثله؛ ألا ترى أن الواعظ إذا استصنع منبراً ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه أصلاً. فإن قيل: الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبراً. أجيب بجواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه. فإن قيل: ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذراً في دار الإسلام. أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب

قوله: **(فإن قيل: إنما يصح ذلك الخ)** أقول: الحصر ممنوع، فإنه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجوداً، إلا أن يقال: المشار إليه بقوله ذلك كونه بيعاً لا اعتباره موجوداً.

أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلماً بالاتفاق. لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل على التعجيل، بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح. ولأبي حنيفة أنه دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى، والله أعلم

ففسخ بهذا العذر، ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته، وكذا رب الأرض لأنه لا يمكنه المضي بهذه الإجارة إلا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لأن هذه الإجارة في الآخرة كشراء ما لم يره، ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم، ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع، بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع، والله أعلم.

على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام علم أقوال جميع المجتهدين، وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها لا في حيارة اجتهاد جميع المجتهدين، وفيه نظر لأن غير الأب والجد إذا زوّج الصغيرة بحرّ ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ، فإن سكتت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها لأن الجهل في دار الإسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها، ولا يجوز الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجماع. وقوله بغير أجل في أول المسألة احتراز عما إذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فإنه حينئذ يكون سلماً عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما. وأما إذا ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه فإنه يصير سلماً بالاتفاق، والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال، أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غداً أو بعد غد لا يصيره سلماً لأن ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلماً، وإن كان من قبل الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال، وفيما إذا صار سلماً يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية أن اللفظ حقيقة في الاستصناع. وتقريره أن ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون سلماً لأن اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل، وذكر الأجل يقتضي أن يكون سلماً لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل، وإذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الأول **(بخلاف ما لا تعامل فيه فإنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم)** تقريره: لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع، فإن ذكر الأجل أدخله في حيز الاحتمال، وإذا كان محتملاً للأمرين كان حمله على السلم أولى لأن جوازه بالإجماع بلا شبهة فيه **(وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة)** يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة، ولأن السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع.

قوله: **(وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما، أما الصانع فلما ذكرنا)** أقول: ذكره قبل أسطر وهو قوله لأنه بائع باع ما لم يره قوله: **(اختيار بعض المتأخرين الخ)** أقول: بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا، إلا أنه لا منافاة بينهما فتأمل.

قوله: **(وفيه نظر لأن غير الأب الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن مآل هذا النظر التكلم على السند الأخص وأنه لا يجدي نفعاً قوله: **(يعتبر شرائط السلم)** أقول: من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية قوله: **(يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة)** أقول: ظاهره مخالف لما أسلفه في صحيفة ١١٦ من الفرق بين الاستصناع والمزارعة، ثم أقول: قال الإتقاني في تعليل الشبهة: لأن الشافعي ينكر الاستصناع انتهى. وأنت خبير بأن قول الشارح أقرب من قول الإتقاني.

مسائل منثورة

قال: (**ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع، المعلم وغير المعلم في ذلك سواء**) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به. وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب، لقوله عليه الصلاة والسلام «إن من

مسائل منثورة

المسائل التي تشذ عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل منثورة: أي متفرقة عن أبوابها قوله: (**ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع، المعلم وغير المعلم في ذلك سواء**) هكذا أطلق في الأصل، فمشى بعضهم على إطلاقه كالقدوري. وفي نوادر هشام عن محمد: نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته. وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور، وعلى هذا مشى في المبسوط فقال: يجوز بيع الكلب إذا كان بحال يقبل التعليم. ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرو لأنه يقبل التعليم، وإنما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم، وقال: هذا هو الصحيح من المذهب. قال: وهكذا نقول في الأسد إذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه، وإن كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز. قال: والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى.

فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشره لا يقبل تعليماً. وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة: رواية الحسن الجواز، ورواية أبي يوسف بالمنع. وقال أبو يوسف: أكره بيعه لأنه لا منفعة له إنما هو للهو وهذه جهة محرمة. وجه رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية إطلاق بيع الكلب والسباع فإنه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه. ويجوز بيع الهرّة لأنها تصطاد الفأر والهوام المؤذية فهي منتفع بها، ولا يجوز بيع هوّام الأرض كالخنافس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب، ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان. وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات إذا كا ينتفع بها في الأدوية وإن لم ينتفع فلا يجوز، ويجوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين، وأما العذرة فلا ينتفع بها إلا إذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها إلا تبعاً للتراب المخلوط، بخلاف الدم يمتنع مطلقاً قوله: (**وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب**) مطلقاً سواء كان للصيد أو لم يكن، وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالإجماع، لكن لا ينبغي أن يتخذه في داره إلا إن خاف لصوصاً أو أعداء للحديث الصحيح «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية

مسائل منثورة

أي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها هاهنا. قال: (**ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع**) بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلماً كان أو غير معلم في رواية الأصل؛ أما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لأنه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلاً للبيع لأنه منتفع به حقيقة وشرعاً فيكون مالاً. وأما غير المعلم فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد، فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الأجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به (**وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور**) أي الجارح (**لا يجوز لأنه غير منتفع به**) ولأنه ﷺ نهى عن إمساكه وأمر بقتله. قلنا: كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع وقال الشافعي: (**لا يجوز بيع الكلب، لقوله ﷺ: «إن من السحت مهر البغيّ وثمن الكلب»**) السحت: هو الحرام. والبغيّ: الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء إلحاقاً بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد (**ولأنه نجس العين**) بدلالة نجاسة سؤره فإنه

مسائل منثورة

قوله: (**وترك التاء إلحاقاً الخ**) أقول: ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض قوله: (**كقولهم ملحفة جديد**) أقول: ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل الملحفة باللحاف قوله: (**«قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهماً» الخ**) أقول: ولو سلم فهذا حكاية حال فلا عموم له.

السحت مهر البغيّ وثمن الكلب» ولأنه نجِس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر بإعزازه فكان منتفياً. ولنا «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية» ولأنه منتفع به حراسة واصطياداً

نقص من أجره كل يوم قيراطان»[١] وجه قوله[٢] ما روى ابن حبان في صحيحة عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال«إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت»[٣] وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف. وفي الصحيحين عن أبي مسعود الأنصاري «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن»[٤]. وفي صحيح مسلم عن جابر «أن النبي ﷺ زجر عن ثمن الكلب»[٥] **(ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته)** فلا يجتمعان، وعارضه المصنف بوجهين: أحدهما **(«أنه ﷺ نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية»)**[٦] وهو غريب بهذا اللفظ. نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال: «نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب إلا كلب صيد»[٧] وضعفه الترمذي قال: وقد روي أيضاً عن جابر مرفوعاً ولا يصح إسناده، والأحاديث ليس فيها هذا الاستثناء، لكن روى أبو حنيفة في سنده عن

متولد من اللحم، وما كان كذلك لا يجوز بيعه لأن النجاسة تشعر بهوان المحل، وجوازه البيع بإعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفياً **(ولنا «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية»)** وهي التي تحرس المواشي. واعترض بأن الدليل أخص من المدعي، فإن المدعي جواز بيع الكلاب مطلقاً، والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير. وأجيب بأن ذكره لإبطال شمول العدم الذي هو مدعي الخصم، وأما إثبات المدعي فثابت بحديث ذكره في الأسرار

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٨٠ و ٥٤٨١ و ٥٤٨٢ ومسلم ١٥٧٤ من وجوه والترمذي ١٤٨٨ والنسائي ٧/ ١٨٧. ١٨٨. ١٨٩ ومالك ٢/ ٩٦٩ وابن أبي شيبة ٥/ ٤٠٩ وأحمد ٢/ ٤. ٥٥. ١٠١. ١١٣. ١٤٧ والبيهقي ٦/ ٩ والبغوي ٢٧٧٥ وابن حبان ٥٦٥٣ كلهم من حديث ابن عمر.

وورد من حديث أبي هريرة لكن فيه: قيراط بدل: قيراطان. أخرجه البخاري ٢٣٢٢ و ٢٣٢٤ ومسلم ١٥٧٥ من وجوه وأبو داود ٢٨٤٤ والترمذي ١٤٩٠ والنسائي ٨/ ١٨٩ وابن ماجه ٣٢٠٤ وابن أبي شيبة ٥/ ٤٠٩ وأحمد ٢/ ٢٦٧ وابن حبان ٥٦٥٢ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة. ومن حديث عبد الله بن مغفل. أخرجه أبو داود ٢٨٤٥ والترمذي ١٤٨٦ والنسائي ٧/ ١٨٨ وابن ماجه ٣٢٠٥ وأحمد ٤/ ٨٥ و ٥/ ٥٦. ٥٧ والدارمي ٢/ ٩٠ والطحاوي ٤/ ٥٤ وابن حبان ٥٦٥٧ والبغوي ٢٧٧٦ كلهم من حديث ابن مغفل. فهذا حديث مشهور. أسانيده صحاح كلها.

(٢) يعود الضّمير في لفظ: قوله. على الشافعي.

(٣) جيد. أخرجه ابن حبان ٤٩٤١ من حديث أبي هريرة. وإسناده صحيح رجاله رجال مسلم. وورد من طريقين عند الدارقطني ٣/ ٧٢. ٧٣ عن عطاء عن أبي هريرة مرفوعاً: ثلاث كلهم سُحت... فذكره وفي كلا الإسنادين ضعف لكن فيهما متابعة لقيس بن سعد على عطاء. وقيس ثقة من رجال مسلم على كل حال.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٧ و ٢٢٨٢ و ٥٣٤٦ و ٥٧٦١ ومسلم ١٥٦٧ وأبو داود ٣٤٨١ والترمذي ١٢٧٦ و ١١٣٣ والدارمي ٢/ ٢٥٥ وابن ماجه ٢١٥٩ ومالك ٢/ ٦٥٦ والشافعي ٢/ ١٣٩ وابن أبي شيبة ٦/ ٢٤٣ وأحمد ٤/ ١١٨. ١١٩. ١٢٠ والحميدي ٤٥٠ والطحاوي ٤/ ٥١. ٥٢ وابن الجارود ٥٨١ وابن حبان ٥١٥٨ والبغوي ٢٠٣٧ والطبراني ١٧ (٧٢٦) (٧٢٨) من طرق كلهم من حديث أبي مسعود الأنصاري.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٦٩ وأبو داود ٣٤٧٩ والترمذي ١٢٧٩ والنسائي ٧/ ٣٠٩ وابن ماجه ٢١٦١ وابن حبان ٤٩٤٠ . والطحاوي ٤/ ٥٣ والبيهقي ٦/ ١٠ وأحمد ٣/ ٣٤٩ من طرق كلهم من حديث جابر. وفيه تصريح أبي الزبير بسماعه من جابر.

(٦) لا يوجد بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٥٣ واستغربه بهذا اللفظ. ووافقه ابن الهمام. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٦١: لم أجده بهذا اللفظ.

(٧) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٢٨١ من حديث أبي هريرة وقال: لا يصح من هذا الوجه وأبو المهزّم اسمه يزيد بن سفيان ضعفه شعبة، وروي عن جابر مرفوعاً بنحوه، ولا يصح إسناده أيضاً ا هـ.

وما أشار إليه الترمذي أخرجه النسائي ٧/ ١٩١. ١٩٠ والبيهقي ٦/ ٥ والدارقطني ٣/ ٧٣ كلهم من حديث جابر.

وقال النسائي عقبه: حديث حجاج بن محمد عن حماد ليس بصحيح.

ورواه الدارقطني، وكذا البيهقي عن حماد بن سلمة وقالا: ولم يذكر حماد عن النبي ﷺ، وهذا أصح.

زاد البيهقي: ورواه عبيد الله بن موسى عن حماد بالشك في ذكر النبي ﷺ. ورواه الهيثم بن جميل عن حماد مرسلاً، ورواه الحسن بن أبي جعفر موصولاً، وليس بالقوي والأحاديث الصحاح في النهي عن ثمن الكلب لا تذكر هذا الاستثناء والله أعلم ا هـ. ونقله الزيلعي عن البيهقي في نصب الراية ٤/ ٥٣ وأقره، وكذا أقره ابن حجر في الدراية فالخبر ضعيف والله تعالى أعلم.

فكان ما لا يجوز بيعه، بخلاف الهوامّ المؤذية لأنه لا ينتفع بها، والحديث محمول على الابتداء قلعاً لهما عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين، ولو سلم فيحرم التناول دون البيع.

الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «أرخص رسول الله ﷺ في ثمن كلب الصيد»[١] وهذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين[٢]، فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصاً والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وإن كان دونه في القوة عندهم، حتى أجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدّعاهم من عموم منع البيع، ثم دليل التخصيص مما يعلل ويخرج من العام مرة أخرى، وتعليل إخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعاً به، وخصوص الاصطياد ملغى إذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجاً سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج العقور.

ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول: كل كلب تتأتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل. ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لموجب العام بالتعليل ولا نسخ بقياس. فالوجه أن يعلل دليل التخصيص بنفع لا تربو عليه مفسدة، ويدّعي في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لأن منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه. وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بأنه ليس دليلاً على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم: أعني شمول المنع فيحتاج بعده إلى دليل المذهب وليس إلا الوجه الثاني، وعلى تقريرنا يتم الأول أيضاً. وقد استدل في الأسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله ﷺ «أنه قضى في كلب بأربعين درهماً»[٣] ولم يخصص نوعاً من أنواع الكلاب. وهذا الحديث أولاً لا يعرف إلا موقوفاً حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الأعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عن عبد الله بن عمرو «أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كلب ماشية بكبش»[٤]. وثانياً هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها دليلاً على العموم خطأ

برواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال: «قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهما» من غير تخصيصه بنوع. وفيه نظر لأن الطحاوي حدّث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عبد الله بن عمرو «أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً» وهذا مخصوص بنوع كما ترى. وقيل الاستدلال يدل على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الأول والثاني ملحق به دلالة **(ولأنه منتفع به حراسة واصطياداً)** لفّ ونشر **(فكان مالاً فيجوز بيعه)**. واعترض بوجهين: أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه، وذلك

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ١/ ١٩٤ من طريق أحمد بن علي المدائني بسنده عن أبي حنيفة عن الهيثم الصراف عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً وقال ابن عدي بعد أن ذكر للمدائني مناكير يرويها عن أبي حنيفة: وهذه الأحاديث لأبي حنيفة لم يحدث بها إلا أحمد المدائني، وهي بواطيل عن أبي حنيفة. وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٥٤: وهذا سند جيد. يعني من أبي حنيفة ومن فوقه ثم ذكر الزيلعي كلام ابن عدي وأكده بقوله: وقال ابن القطان: أحمد المدائني المعروف باللجلاج لم تثبت عدالته، وقد حدث بأحاديث كثيرة لأبي حنيفة كلها مناكير لا تُعرف ا هـ. قلت: فلو صحح نسبة مسند أبي حنيفة لأبي حنيفة لكان الإسناد جيداً كما قال الزيلعي أولاً وابن الهمام. ولكن لما لم يثبت جاء الطعن على أحد الرواة عن أبي حنيفة لا من قبل أبي حنيفة فإنه إمام فقيه معتبر والله أعلم.

(٢) تقدم أن علته معن هو دون أبي حنيفة لا من فوقه. وكذا ضعفه ابن حجر في الدراية بسبب ضعف أحمد المدائني ا هـ انظر الدراية ٢/ ١٦١.

(٣) موقوف. أخرجه الطحاوي في المعاني ٤/ ٥٨ والبيهقي ٦/ ٨ كلاهما من طريق ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده موقوفاً ولفظهما: أن عبد الله قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كلب ماشية بكبش. قال البيهقي: هذا موقوف وابن جريج لا يروى له سماعاً من عمرو بن شعيب قال البخاري رحمه الله: لم يسمعه ثم أسنده البيهقي من طريق البخاري عن جساس أنه سمع عبد الله بن عمرو قضى. . . فذكره.

وقال البيهقي: قال البخاري: لا يتابع عليه ا هـ. فالخبر موقوف وإسناده غير قوي.

(٤) هو المتقدم.

قال: **(ولا يجوز بيع الخمر والخنزير)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها» ولأنه ليس بمال في حقنا، وقد ذكرناه.

ظاهر. ثانيهما هو قوله: **(ولأنه ينتفع به حراسة واصطياداً فكان مالا)** يعني مالاً مملوكاً متقوماً. أما كونه مالاً فلأن المال اسم لغير الآدمي خلق لمنفعته المطلقة شرعاً، وهذا كذلك فكان مالاً، وأما أنه مملوك متقوم فلأنه محرز مأذون شرعاً في الانتفاع به، والملك يثبت بالإحراز بدار الإسلام والتقوّم بالتمول، وكلاهما مأذون فيه شرعاً إذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد، وإذا كان كذلك جاز بيعه. ولا يخفى أن هذا المعنى لا يترجع على النص الصريح الصحيح. غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال. فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك، وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الأمر بقتل الكلاب كان أمراً محققاً في الأول من رسول الله ﷺ[1]، ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن أبي بكرة قال: حدثنا سعيد بن عامر قال: حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال: «أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب، ثم قال: ما لي وللكلاب؟ ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد»[2]. ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روي من التشديد في سؤرها[3] والنهي عن ثمنها وبيعها[4] ثم الترخيص في بيع الذي أذن في اقتنائه[5]، الأول على الحالة الأولى والثاني على الثانية، فكان منع البيع على المعموم منسوخاً بإطلاق

لا يدل على مالية عينه كالآدمي ينتفع بمنافعه بالإجارة وهو ليس بمال. والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الأساكفة وليس بمال. وأجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعاً لملك العين لا قصداً في المنفعة: ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة وجميع ما لا يؤكل لحمه. وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعاً فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والإباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمه حالة المخمصة. وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب، بخلاف الهوام المؤذية كالحيّات والعقارب والزنابير لأنها لا ينتفع بها قوله: **(والحديث محمول)** جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروى، وتقريره ما روي عن إبراهيم أنه قال: روي عن النبيّ ﷺ «أنه رخص في ثمن كلب الصيد» وذلك دليل على تقدم نهي انتسخ، فإنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب، وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة، ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعاً به في الكلاب. فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء، ويجوز أن يقال: الحديث مشترك الإلزام لأنه قال ثمن الكلب والثمن في الحقيقة لا يكون إلا في المبايعة قوله: **(ولا نسلم**

قوله: **(ويجوز أن يقال الخ)** أقول: أي في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي قوله: **(والثمن بالحقيقة لا يكون الخ)** أقول: له أن يقول إطلاق الثمن مجاز لكونه مصوراً بصورته، وقرينة المجاز قوله عليه الصلاة والسلام «إن من السحت» كما في مهر البغي وفي حرم بيعها وأكل ثمنها.

---

(١) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه البخاري ٣٣٢٣ ومسلم ١٥٧٠ من وجوه عدة والترمذي ١٤٨٨ والنسائي ٧/ ١٨٤ وابن ماجه ٣٢٠٢ والدارمي ٢/ ٩٠ ومالك ٢/ ٩٦٩ وعبد الرزاق ١٩٦١٠ وابن أبي شيبة ٥/ ٤٠٥. ٤٠٦ وأحمد ٢/ ٢٢. ٢٣. ١٠١. ١١٦. ١١٧ وابن حبان ٥٦٤٨ والبغوي ٢٧٧٩ والبيهقي ٦/ ٩ من طرق كلهم من حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه أمر بقتل الكلاب. وورد من حديث ابن عباس. أخرجه مسلم ٢١٠٥ وأبو داود ٤١٥٧ والنسائي ٧/ ١٨٦ وابن حبان ٥٦٤٩ وأحمد ٦/ ٣٣٠ مطولاً وله قصة.

(٢) صحيح. أخرجه الطحاوي في المعاني ٤/ ٥٦ بهذا اللفظ من حديث عبد الله بن مغفل وإسناده جيد. وقد أخرجه مسلم ١٥٧٣ من طرق عدة عن عبد الله بن مغفل وآخره: ثم رخص في كلب الصيد، وكلب الغنم. ورواية: ورخص في كلب الغنم، والصيد، والزرع ا هـ.

قلت: فالذي نسيه أحد رواة الطحاوي حفظه رواة مسلم وبالله التوفيق.

(٣) يشير المصنف لحديث: إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات إحداهنّ بالتراب. ورواية: أخراهن. وتقدم في الطهارة رواه الجماعة.

(٤) تقدمت هذه الروايات في أول هذا الفصل.

(٥) وهو كلب الماشية، والزرع، والصيد كما تقدم في رواية مسلم من حديث عبد الله بن مغفل قبل حديثين فقط.

قال: **(وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين)** لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث «فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين.

بيع البعض بالضرورة. وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل إطلاق الانتفاع به. قال **(ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه)** بل منع بالبيع الانتفاع شرعاً، ولهذا أجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لإطلاق الانتفاع بهما عندنا، بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها، فإن ثبت شرعاً إطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه، وبه قال مشايخنا. وإنما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله ﷺ فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال: سألت عباس عما يعصر من العنب، فقال ابن عباس رضي الله عنهما «إن رجلاً أهدى إلى النبي ﷺ راوية خمر، فقال له رسول الله ﷺ: «هل علمت أن الله حرّم شربها؟ قال: لا، قال: فسار إنساناً، فقال له رسول الله ﷺ: بم ساررته؟ قال: أمرته ببيعها، فقال: إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها، قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها»[1] وأخرج البخاري عن جابر أنه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح يقول وهو بمكة «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ قال: لا «هو حرام، ثم قال: قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا ثمنه»[2]. وهذا يتم به شرح المسألة المذكورة بعد هذه المسألة.

وقوله: **(وقد ذكرناه)** يعني في باب البيع الفاسد ويقوم إشكالاً على جواز بيع السرقين، اللهم إلا أن يقال: لا شك أنه لا بد من تقدير في نحو: حرمت الخمر، فإنا بينا في الأصول أن التحريم المضاف إلى الأعيان تقدر إضافته إلى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والأكل من الميتة واللبس من الحرير، فقوله ﷺ في حديث «إن الله حرّم شيئاً» يعني إذا حرّم ما هو المقصود من الشيء «حرم بيعه وأكل ثمنه»[3] كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الأكل والشرب، وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع، فإن قال النجاسة سبب، قلنا: ممنوع فيحتاج إلى دليل آخر. أما هذا الحديث فإنما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه قوله: **(وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين)** يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لأنهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها، وقد التزموا أحكامنا بالإقامة في دارنا وإعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في

نجاسة العين) جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع، فإن تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك، ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجيء. قال: **(ولا يجوز بيع الخمر والخنزير الخ)** بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز: يعني أنه باطل، وتقدم وقوعهما مبيعاً وثمناً وما يترتب على ذلك في البيوع. واستدل بقوله ﷺ: «أن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها» قال محمد في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة قال: حدثنا محمد بن قيس

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٥٧٩ من حديث عبد الرحمن بن وَعْلَة أنه سأل ابن عباس... فذكره. بمثل سياق المصنف.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٦ و ٤٦٣٣ ومسلم ١٥٨١ وأبو داود ٣٤٨٦ والترمذي ١٢٩٧ والنسائي ٧/ ٣٠٩. ٣١٠ وابن الجارود ٥٧٨ وابن حبان ٤٩٣٧ والبيهقي ٩/ ٣٥٤ وأحمد ٣/ ٣٢٦ كلهم من حديث جابر.

وورد من حديث ابن عمر. أخرجه البخاري ٢٢٢٣ و ٣٤٦٠ ومسلم ١٥٨٢ وابن أبي شيبة ٦/ ٤٤٤ والشافعي ٢/ ١٤١ والحميدي ١٣ كلهم من حديث ابن عمر.

ومن حديث ابن عباس أخرجه أبو داود ٣٤٨٨ وأحمد ١/ ٢٤٢. ٢٩٣. ٣٢٢ وابن حبان ٤٩٣٨ والبيهقي ٦/ ١٣. ١٤ كلهم من حديث ابن عباس وإسناده صحيح رجاله ثقات.

(٣) إسناده صحيح وتقدم في كتاب الأشربة. وهو تمام اللفظ المتقدم.

قال: **(إلا في الخمر والخنزير خاصة)** فإنّ عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون. دل عليه قول عمر: ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها. قال: **(ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن، وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين)** وأصله أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا، وتلتحق

صرف، وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين **(إلا في الخمر والخنزير)** فإنا نجيز بيع بعضهم بعضاً لخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن إسرائيل بن إبراهيم عن عبد الأعلى قال: سمعت سويد بن غفلة يقول: حضر عمر بن الخطاب والجتمع إليه عماله فقال: يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر، فقال بلال: أجل إنهم يفعلون ذلك، فقال: فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم، ولا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم[1]. والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله ﷺ «أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»[2] لم يعرف قوله: **(ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال بعت فهو جائز)** وهو جواب للكل سواء كان قول الضامن ذلك بعد مفاوضة بين فلان وسيد العبد بألف وإباء أو ابتداء. قال في بعض الشروح: ويكون البيع بعده دلالة على القبول لأنه امتثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلقي نفسك إن شئت فقالت طلقت يجعل قبولاً استحساناً، فكذا هذا. وفي بعضها ما يفيد أنه إيجاب فإنه قال: ولو لم يكن إباء ولا مساومة وحصل إيجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك، وهذا هو الصواب لأن قوله بع عبدك أمر ولفظة الأمر لا تكون في البيع إيجاباً على ما مر من أنه قال بعني هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده، بخلاف طلقي نفسك في التفويض في الخلع فلا بد

«ان رجلاً من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدي لرسول الله ﷺ: كل عام راوية من خمر، فأهدى إليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي، فقال النبي ﷺ: يا أبا عامر إن الله تعالى قد حرّم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك، قال: فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك، فقال له النبي ﷺ: يا أبا عامر إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها» قال: **(وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين)** قال محمد في الأصل: لا يجوز بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يداً بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل يداً بيد، وكذا كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفاً واحداً، هم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام. واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله ﷺ في ذلك الحديث: «فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» ولأنهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة؛ ومنها البيع فيكون مشروعاً في حقهم كما في حق المسلمين، إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما أموالاً متقومة في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون، دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا إليه وقال لهم: يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر، فقال بلال: أجل إنهم يفعلون ذلك، فقال: فلا تفعلوا ذلك، ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم قوله: **(ومن قال لغيره بع عبدك من فلان)** صورته أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا

قوله: **(دل على ذلك قول عمر الخ)** أقول: وسيجيء هذا الحديث في كتاب الغصب أيضاً قوله: **(فلا تفعلوا ذلك ولكن ولو أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم)** أقول: مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه.

---

(١) موقوف. رواه أبو يوسف في كتاب الخراج كما ذكر المصنف وكذا عبد الرزاق وأبو عبيد في كتاب الأموال كما في نصب الراية ٤/ ٥٥ كلهم عن عمر به.

(٢) غريب بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٥٥: لا أعرفه بهذا اللفظ. وتقدم حديث معاذ في كتاب الزكاة وحديث بريدة في السير وفيهما هذا المعنى دون اللفظ. ا هـ بتصرف. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٦٢: لم أجده هكذا.

بأصل العقد خلافاً لزفر والشافعي لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً، ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة، فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح، وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح.

أن المشتري يقول بعد بعت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هناك، ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بألف فقط لأنه إذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن إلى بيعه، والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله. والضمان جائز الإضافة فقد وجد المقتضي للزوم بلا مانع. وإذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه إياه إن باعه بألف، وهذه رشوة إذا لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بألف فقط، ثم في الأول إن كان بأمر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لأن البيع على المشتري صار بألف وخمسمائة، وللمشتري أن يرابح على ألف وخمسمائة، ولو كانت داراً ولها شفيع أخذها بألف وخمسمائة.

ولو رد بعيب أو تقايلا فالبائع يرد الألف على المشتري والخمسمائة على الضامن، ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على الألف ويأخذها الشفيع بألف. ولو تقايلا أو ردت بعيب أو تقايلا البيع فللأجنبي أن يسترد الخمسمائة. فإن قيل: ينبغي أن لا يصح هذا لأن الشراء على أن الثمن على الأجنبي لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه. أجاب الكرخي بمنع كون الشراء على أن الثمن الأجنبي لا يجوز إذا لا رواية فيه عن أصحابنا. وتعقبه الرازي بأن محمداً نص على أنه إذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لأنه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري، فأولى أن لا يجوز إذا كان أصل الثمن على غير المشتري، ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث أبي قتادة «في الذي امتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه للدين الذي عليه فالتزمه أبو قتادة رضي الله عنه فصلى عليه»[1] فقد التزم ديناً لا في مقابلة شيء يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الأجنبي كذلك إذ لم يحصل للأجنبي في مقابلتها شيء. ودفع بأنه لو كان بالنظر إلى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الأجنبي ولا يجوز ذلك. فالجواب هو ما ذكره المصنف أن هذه الزيادة

يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن، وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن. والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل المار (**أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله، لأنه**) أي الإلحاق (**تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها**) فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه على الأجنبي كهو، لكن لا بد من تسمية الزيادة لتتحقق المقابلة صورة وإن فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة، فإذا

قوله: (**بناء على الأصل المار**) أقول: في فصل بعد باب المرابحة.

---

(١) صحيح، أخرجه الترمذي ١٠٦٩ والنسائي ٤/ ٦٥ وابن ماجه ٢٤٠٧ والدارمي ٢/ ٢٦٣ وعبد الرزاق ١٥٢٥٨ وأحمد ٢٩٧. ٣١٥ وابن حبان ٣٠٥٨ و ٣٠٥٩ و ٣٠٦٠ من عدة طرق كلهم من حديث أبي قتادة: أن رجلاً أتي به النبي ﷺ ليصلي عليه فقال: صلوا على صاحبكم فإن عليه ديناً فقال أبو قتادة: أنا أكفل به قال: بالوفاء؟ قال: بالوفاء، فصلى عليه ﷺ، وكان عليه ثمانية عشر أو سبعة عشر درهماً. وإسناد أصحاب السنن صحيح على شرطهما. وفي رواية: فقال: أعليه دين؟ قالوا: نعم. ديناران قال: ترك لهما وفاء؟ قالوا: لا، قال: فصلوا على صاحبكم... الحديث.

قال: (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية، وهو

لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شيء يسلم للملتزم وبدل الخلع يجوز اشتراطه على الأجنبي. وقد يقال: هذا التعليل قاصر، فإن الزيادة كما لا تكون في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء، ووجودها في مقابلة شيء أكثر أحوال العقد، فإن أحواله ثلاثة: كونه خاسراً، ورابحاً، وعدلاً. وكونها لا في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة، وهو كونه رابحاً فلا يجوز اعتبار الأقل بل الواجب اعتبار الحال الأغلبية في المشابهة خصوصاً إذا كان يبنى عليها حكم شرعي، فالأولى ما قيل إن الزيادة ثبتت تبعاً فجاز أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصوداً. فإن قيل: لو ثبتت الزيادة ثمناً والأجنبي ضامن لها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل. قلنا: لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الأصيل، ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز كذلك، وذلك لأن المشتري لم يلتزمها إنما التزم هذا القدر من الثمن الأجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب قوله: (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشتري خلافاً للأئمة الثلاثة.

أما الأول فلوجود سبب ولاية الإنكاح على الأمة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف ما لو مالكها لا على الكمال كما في ملك نصفها لا يملك التزويج به، وإنما جاز إنكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لأن البيع يفسد بالغرر دون النكاح، وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض، والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه: أعني المرأة قبل القبض، ولأن القدرة على التسليم شرط في البيع، وذلك إنما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح، ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز. وحاصل هذا أنه تعليل النهي عن البيع قبل القبض، وإذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض وارداً في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته. وأما الثاني فلأن وطء الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري، ولو وطئها المشتري كان قابضاً فكذلك الزوج، ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضاً استحساناً، حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع. والقياس أن يصير قابضاً بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، حتى إذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لأن التزويج تعييب منه للمبيع، وكذا يثبت خيار الرد إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج، والمشتري إذا عيب المبيع يصير قابضاً له. وجه الاستحسان أنهُ لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر له وكالإقرار منه عليها بدين، والمشتري إذا أقرّ بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضاً فكذا مجرد التزويج، بخلاف الفعل الحسي كان فقأ عينها مثلاً أو قطع يدها فإنه إنما يصير به قابضاً لما فيه من الاستيلاء على المحل. واستشكل على هذا الإعتاق والتدبير فإنه يصير بهما قابضاً وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي. والجواب إنما قلنا ذلك فيما يكون نفس

قال من الثمن وجد الشرط فيصح، وإذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سميا من المال، والرشوة حرام لا تلزم بالضمان. واعترض بأوجه: لأول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه. الثاني لو كان خمسمائة ثمناً لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويتحمل عنه الضامن ولم تتوجه عليه بالاتفاق. الثالث أن أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الأجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة، والفكر الصائب في أصل هذه المسألة يغني عن هذه الأسئلة والجواب عنها، ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق، فإن ورود السؤال إذا كان لغموض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره، وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغني عن أن تقابل بالمال جزءاً فجزءاً فجاز أن يكون بعض الثمن خالياً عما يقابله من البدل، كالزيادة في الثمن إذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتة بلا بدل، ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الأجنبي كبدل الخلع، وإذا جاز ذلك بطل ممن التزمه لا غير، والملتزم فيما نحن فيه الأجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن، فإن أصل الثمن لا بد وأن يقابله شيء من المال فلا يكون

الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر. وهذا قبض لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله **(وإن لم يطأها فليس بقبض)** والقياس أن يصير قابضاً لأنه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي. وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا قال: **(ومن اشترى عبداً فغاب فأقام**

الفعل قبضاً، والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضاً هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء، والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه، وذلك أنه إنهاء للملك ومن ضرورة إنهاء الملك كونه قابضاً والتدبير من واديه لأنه به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء. هذا وإذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد. قال الصدر الشهيد: والمختار قول أبي يوسف لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلاً، وقيد القاضي الإمام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت، حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وإن بطل البيع قوله: **(ومن اشترى عبداً فغاب)** قبل القبض ونقد الثمن **(فأقام البائع البينة أنه باعه إياه)** ولم يقبض الثمن **(فإن كانت غيبة)** المشتري غيبة **(معروفة لم يبعه)** القاضي **(في دين البائع لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع)** فيكون إبطالاً لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة **(وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن)** بنصب الثمن مفعولاً ثانياً لبيع[1] وقوله وإن لم يدر أين هو يبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو. وقول المصنف في تعليل بيع القاضي **(لأن ملك المشتري ظهر بإقراره)** يعني بإقرار البائع **(فيظهر على الوجه الذي أقر به)** وهو كونه **(مشغولاً بحقه)** يبين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لأنها لا تقام لإثبات الدين على الغائب فما هي إلا لكشف الحال ليجيبه القاضي إلى البيع نظراً للغائب لا ليثبت عليه فإنه لو لم يقمها لم يجبه إلى ذلك **(وإذا تعذر استيفاؤه)** والفرض أنه أحق بمالية هذا العبد لأنه كالرهن في يده إلى استيفاء الثمن، حتى لو مات المشتري مفلساً كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن إذا مات الراهن فإنه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضي على بيعه **(بخلاف ما بعد المبيع لأن حقه)** أي البائع **(لم يبق معلقاً به)** بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لإثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين، وهذا طريق الإمام السرخسي رحمه الله، وتقرير شيخ الإسلام يشعر بخلافه حيث قال: القياس أن لا تقبل هذه البينة لأنها على إثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي، فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل، وإن كان لا يصل إلى حقه. وفي الاستحسان تقبل لأن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج إلى أن ينفق عليه إلى أن يحضر المشتري وربما تربو النفقة عن الثمن والقاضي ناظر لإحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها لدفع البلية، بخلاف ما لو أقامها ليثبت

كالزيادة، وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته. وقع في الكتاب والخمسمائة بالألف واللام في المضاف دون المضاف إليه، وقيل لا خلاف في امتناعه، وقال ابن عصفور: بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جداً، وقيل إذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتقد إضافة الخمسة بل الجر في المضاف إليه على حذف مضاف: أي الخمس خمسمائة. قال: **(ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها الخ)** رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح **(لوجود سبب الولاية)** للنكاح **(وهو الملك في الرقبة على الكمال)** وما ثمة مانع عن الجواز لأن المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض إنما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك، وهذا التزويج يكون قبضاً لأن الوطء لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله **(وإن لم يطأها)** الزوج

قوله: **(وهذا التزويج)** أقول: الظاهر أن الإشارة إلى الوطء.

قوله: **(والثاني أن البيع هاهنا غير مقصود الخ)** أقول: فيه تأمل.

---

(١) قول الفتح: **(مفعولاً ثانياً لبيع)** صوابه لأوفى كما هو ظاهر، كتبه مصححه.

البائع البينة أنه باعها إياه، فإن كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع، وفيه إبطال حق المشتري **(وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن)** لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقرّ به مشغولاً بحقه، وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلساً والمبيع لم يقبض، بخلاف ما بعد القبض لأن حقه لم يبق متعلقاً به، ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه وإن نقص يتبع هو أيضاً.

قال: **(فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه، وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبي يوسف: إذا دفع الحاضر الثمن كله لم**

حقاً على الغائب لينتزع شيئاً من يده لا يقبلها، والإجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه إزالة يد الغائب عما في يده لأن البائع يستوفي حقه مما في يده. وأورد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض. أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه. وقال آخرون: لا يحتاج إلى ذلك لأن هذا البيع يثبت ضمناً لأنه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع بإحياء حقه والبيع ضمن له.

هذا إذا كان المشتري واحداً فغاب، فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل إعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه إلا بنقد جميع الثمن بالاتفاق، فلو نقده اختلفوا في مواضع: الأول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب؟ عند أبي يوسف لا، وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر. والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر؟ عند أبي يوسف لا، بل لا يقبض إلا نصيبه على وجه المهايأة، وعندهما يجبر. والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده؟ عند أبي يوسف لا، وعندهما يرجع، والحاضر حبس نصيب الغائب إذا حضر يعطيه ما نقده عنه. وجه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعاً فلا يرجع، وإذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لأنه أجنبي عنها **(ولهما أنه مضطر فيه)** أي في دفع حصة الغائب لأنه لا يمكنه الانتفاع بملكه إلا بأداء الجميع، لأن البيع الصادر إليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس، وصار كمعير الرهن إذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب، فإن المعير إذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لأنه مضطر فيه، وصار كصاحب العلو إذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبني السفل إذا لم يبنه مالكه بغير

(فليس) أي مجرد التزويج **(قبضا)** استحساناً، وفي القياس هو قبض وهو رواية عن أبي يوسف، حتى إن هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لأن التزويج عيب حكمي، حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها، والمشتري إذا عيب المعقود عليه صار قابضاً فصار كالإعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين. وجه الاستحسان أن في التعييب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه إليه وبه يصير قابضاً، وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضاً. والإعتاق والتدبير إتلاف للمالية وإنهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته أن يصير قابضاً. قال: **(ومن اشترى عبداً فغاب المشتري الخ)** رجل اشترى منقولاً فغاب المشترى قبل قبض المبيع ولم ينقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت إلى ذلك حتى يقيم البينة دفعاً للتهمة، فإذا أقامها فلا يخلو إما أن تكون الغيبة معروفة أو لا، فإن كان الأول لم يبعه في الدين لأن وصول البائع إلى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع إبطال حق المشتري، وإن كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لأن ملك المشتري ظهر بإقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقرّ به وقد أقرّ به مشغولاً بحقه فيعتبر كذلك، وهذا لأن العبد في يده والقول قول الإنسان فيما في يده، فلو ادعى الملك كان مسموعاً، ولو أقرّ به لغيره كاملاً صح بحكم اليد، فكذا إذا أقر به ناقصاً مشغولاً بحقه ويثبت الملك له ناقصاً على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه، كالراهن إذا مات فإن المرتهن أحق بالمرهون يباع في دينه إن تعذر الاستيفاء، والمشتري إذا مات قبل قبض المبيع مفلساً فإن المبيع يباع في ثمنه، بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فإن بينة البائع لم تقبل لأن حقه لم يبق متعلقاً به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البينة لإثبات الدين والإثبات على الغائب ممتنع عندنا. وفيه بحث من أوجه: الأول أن إقامة البينة على الغائب لا تجوز لأنها تعتمد إنكار الخصم وذلك من الغائب مجهول. الثاني أن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم

يقبض إلا نصيبه وكان متطوعاً بما أدى عن صاحبه) لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه. ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن البيع صفقة واحدة، وله حق الحبس ما بقي شيء منه، والمضطر يرجع كمعير الرهن، وإذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه إلى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه.

قال: **(ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان)** لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب

أمره ليتوصل به إلى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطيه ما صرفه، غير أن في مسألة السفل لا يفترق الحال بين كونه صاحبه غائباً أو حاضراً، وفي مسألتنا لا يثبت له حق الرجوع إلا إذا كان غائباً، لأنه إذا كان حاضراً لا يكون مضطراً في إيفاء الكل، إذ يمكنه أن يخاصمه إلى القاضي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه، بخلاف مسألة السفل فإن صاحب العلو لو خاصمه في أن يبني السفل لا ينقضي عليه ببنائه فكان مضطراً حال حضوره كغيبته**(وله)** أي للحاضر. ومثل صورة حضورهما في عدم الاضطرار ما لو استأجر رجلان دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعاً لأنه غير مضطر في نقد حصة الغائب، إذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة ذكره التمرتاشي. وإذا ثبت حق الحبس في مسألتنا للحاضر فله حبسه إلى أن يستوفي الكل، ولو بقي درهم كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه له أن يحبس المبيع عن الموكل إلى أن يعطيه جميع الثمن قوله: **(ومن اشترى جارية الخ)** صورتها أن يقول: اشتريت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعتك هذه الجارية الخ. ولفظ الجامع: في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة، ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها، بخلاف ما لو قال بألف من الدارهم والدنانير لا يحتاج إلى بيان الصفة وينصرف إلى الجياد. وعرف من هذه العبارة أن البيع ينعقد بلفظ المضارع وإن احتمل العدة إذا أراد به الحال. وقيل بل هذه العبارة مساومة، والمعنى أنه إذا قال له ذلك ثم

بطلانه. الثالث أن ذلك يفضي إلى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز، وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضاً وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم. والجواب عن الأول أن إقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء، وإنما القاضي يقضي بموجب إقرار المقرّ بما في يده، وفي ذلك لا يحتاج إلى إنكار الخصم. وعن الثاني من وجهين: أحدهما قول بعض المشايخ إن القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لأن بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض. وردّ بأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلاً عنه. وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيره. والثاني أن البيع هاهنا غير مقصود، وإنما المقصود النظر للبائع إحياء لحقه والبيع يحصل ضمناً، ويجوز أن يثبت ضمناً ما لا يثبت قصداً. وعن الثالث ما ذكرنا أن هذ ليس قضاء على الغائب، وإنما هو قضاء على الحاضر بالإقرار بما في يده، وذلك إنما يكون إذا لم يقبضه المشتري، فأما إذا قبضه فلا يكون ذلك، وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم **(ثم إذا باعه، فإن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه، وإن نقص يتبع هو)** أي يتبع البائع المشتري، فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن، فإذا نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد إلى الحاضر، وإذا حضر الغائب فللحاضر أن يرجع عليه بما نقده لأجله، وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن، ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض إلا نصيبه مهايأة لا غير، فإذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب إذا حضر بما نقده لأجله وليس له حق الحبس على ذلك **(وكان متطوّعاً بما أدّى عن صاحبه)** لأنه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع في ذلك **(وهو أجنبي عن نصيب صاحبه)** فليس له القبض **(ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة، ولكون البائع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن)** فإن من أعار شيئاً رجلاً ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فإنه يرجع على الراهن بما أدى وإن كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لاضطراره في القضاء، وهذا مما لا ينكر فإن للضرورات أحكاماً. فإن قيل: لو كان التعليل بالاضطرار صحيحاً لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته، فإنه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه إلا بعد نقد صاحبه. فالجواب أن الاضطرار في

من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية، وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما، قال: **(ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفاً وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه)** لأن حقه في الوصف مرعي كهو في

باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام. وفيه أن إضافة المثقال إلى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلاً يوجب كون الفضة أيضاً مضافاً إليها المثقال، وينفي وهم أن يفسد لجهالة الفضة لأن المثقال غالب في الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف إليهما، وكذا صفة الجودة لأن العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين، فالمثقال المتقدم فسره بالذهب والفضة، ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعاً جميعاً غدا فإنهما مضافان. ذكره في كشف الغوامض. وفي المبسوط: لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لأنه المتعارف في الدراهم فينصرف إليه، وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة، لأن المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك، وليس معهما ما يصرف أحدهما عن المتعارف فيه فيصرف إلى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كون هذا إذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم.

وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس، إلا أن يقيّد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإن ما دونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضاً أو سلماً أو غصباً أو وديعة أو بيعاً أو شراء أو مهراً أو وصية أو كفالة أو جعلاً في خلع، ومنه ما لو قال على كرّ حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس قوله: **(ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفاً وهو)** أي رب الدين **(لا يعلم)** أنها زيوف **(فهو قضاء)** حتى لو أنفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشيء وهذا **(عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: له أن يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد)** وذكر فخر الإسلام وغيره أن قولهما قياس، وقول أبي يوسف هو الاستحسان. له أن حقه

حالة حضوره مفقود لإمكان أن يخاصمه إلى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته، وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا استأجر داراً فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الأجرة فإنه يكون متبرّعاً بالإجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الأجرة إذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة. كذا ذكره الإمام التمرتاشي **(وإذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه)** على ما سيجيء إن شاء الله تعالى. قال: **(ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ)** رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بألف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال **(لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء)** لأنه عطف على المضاف إليه، وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة، وليس أولوية لأحدهما على الآخر فيجب التساوي. قيل وكان الواجب أن يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لأن الناس لا يتبايعون بالتبر؛ ولا بد من بيان الصفة قطعاً للمنازعة ولهذا قيده محمد رحمه الله بها في الجامع الصغير وبيوع الأصل. ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوماً من أول كتاب البيوع أن ذلك لا بد منه. ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الأول للعطف، إلا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لأنه هو المتعارف في وزن الدراهم. ولقائل أن يقول: النظر إلى المتعارف يقتضي أن ينصرف إلى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد. قال: **(ومن له على آخر عشرة دراهم جياد الخ)** رجل له على رجل عشر دراهم جياد **(فقضاه زيوفاً والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يرد مثل زيوفه**

الأصل، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا. ولهما أنه من جنس حقه. حتى لو تجوّز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه إلا في الجودة، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا، وكذا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له.

في الجودة مرعى كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده **(لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا)** من ضمان الأصل ليصل إلى الوصف **(ولهما أنه)** أي الزيوف **(من جنس حقه، حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال)** به كالصرف ورأس مال السلم **(جاز)** وما جاز إلا لأنه لم يعتبر استبدالاً بل نفس الحق **(فيقع به الاستيفاء، وإنما يبقى حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها)** بعد هلاك الدراهم **(لما ذكرنا)** من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها **(ولا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه)** يعني هو إيجاب للقابض على نفسه **(ولا نظير له)** في الشرع إلا أن أبا يوسف ينفصل بمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من إيجاب المثل ممكن وهذا كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة فهلكت أليس يرد مثلها، فإن قال الستوقة ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضيا حقه بها. قلنا: وكذلك لا يصير مقتضياً حقه بالزيف إلا إن علم فرضي باعتبار أنه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لأنه قبض جنس حقه، فإذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه إذ المديون لا يضمنه شيئاً. قلنا: يجوز ذلك إذا أفاد كالمولى إذا أتلف بعض أكساب عبده المأذون، وقد أفاد هنا تدارك حقه فصار كشراء الإنسان مال نفسه إلا إذا أفاد، ويجوز أن يشتري مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المديون، وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له في الشرع. ويجاب بمنع الاتحاد في المستشهد به، بل الضمان في المأذون للغرماء وهنا المقبوض كله ملك، ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له. وفي النوازل: اشترى بالجياد ونقد الزيوف أخذها الشفيع بالجياد لأنه إنما يأخذ بما اشترى، ولو باعها مرابحة فإن رأس المال الجياد. وفي الأجناس: اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد. قال أبو جعفر: لا يحنث، وقال أبو يوسف: يحنث، والله الموفق.

ويرجع عليه بالجياد لأن حقه في الوصف مرعي) من حيث الجودة، كما أن حقه مرعي في الأصل من حيث القدر، فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا إذ نقص في كيفيته، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف منفرداً لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلناه. ولأبي حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوّز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصلاً، فلم يبق حقه إلا في الجودة وتداركها منفردة بإيجاب ضمانها غير ممكن شرعاً لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلاً لعدم تصور الانفكاك، ولا بإيجاب ضمان الأصل لأن المضمون حينئذ هو الأصل، والفرض أنه من حيث الأصل مستوف فإيجاب الضمان باعتباره إيجاب عليه له، ولا نظير له في الشرع. واعترض بوجهين: أحدهما أن إيجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذا لم يفد وهاهنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فإنه مضمون على المولى وإن كان ملكاً له حتى لو اشترى صح. والثاني أن المقصود الأصلي هو إحياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمني فلا يعتبر. والجواب عن الأول أن الفائدة ثمة إنما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه. وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابعاً له. قال: **(وإذا أفرخ طير في أرض رجل الخ)** إذا أفرخ طير في أرض رجل ولم يعدّها لذلك لم يملكه **(فهو لمن أخذه، وكذا إذا باض فيها أو تكنس فيها ظبي)** وفي بعض النسخ: تكسر فيها ظبي **(لأنه مباح سبقت يده إليه)** فيملكه **(ولأنه**

قوله: **(وعن الثاني الوصف تابع الخ)** أقول: هذا يرجع إلى تغيير الدليل، والله أعلم.

قال: **(وإذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه)** وكذا إذا باض فيها **(وكذا إذا تكنس فيها ظبي)** لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه، وكذا البيض لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه، وصاحب الأرض لم يعدّ أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكذا إذا

قوله: **(ولو أفرخ في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا إذا باض فيها وكذا إذا تكنس فيها ظبي)** أي دخل كناسه والكناس بين الظبي. وفي بعض النسخ تكسر: أي وقع فيها فتكسر، ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فإنه لذلك الرجل لا للآخذ، ولا يختص بصاحب الأرض **(لأنه)** أي لأن كلا من الطير والبيض والفرخ وقد أصلح في نسخة لأنها **(مباح سبقت يده)** أي يد الآخذ إليه **(ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد)** فيلحق به **(ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه)** لأنه المقصود بقوله تعالى ﴿تناله أيديكم﴾ في قوله تعالى ﴿ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم﴾ [آل عمران: ٩٤] كذا ذكر. وقوله: **(وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك)** جملة حالية هي قيد لقوله فهو لمن أخذه: أي إنما يكون للآخذ إذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئراً ليسقط فيها أو أعد مكاناً للفراخ ليأخذها، فإن كان أعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل ربّ الأرض يصير بذلك قابضاً حكماً، كمن نصب شبكة ليجففها فتعقل بها صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة لأنه لم يعدها الآن للأخذ، وكما إذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فأغلق بابه فهو لمن أخذه، وإن علم به وأغلق الباب عليه أو سدّ الكوة[1] كان لصاحب الدار، وكذا إذا وقع في ثيابه النثار[2] من السكر أو الدارهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه، وما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان: أي للآخذ في زمان عدم كفه الثوب. وقوله أو كان مستعداً له: أي للنثار بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره، فإذا كفه أو كان مستعداً فهو له، أما إذا عسل النحل في أرضه فهو لصاحب الأرض لأنه عد من إنزاله: أي من زيادات الأرض: أي ما ينبت فيها فيملكه تبعاً للأرض كالشجر النابت فيها وكالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها. والأنزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضمير لأنه هو عائد على الأرض وهي مؤنثة على تأويل المكان، ومثله وقع في شعر العرب قال:

فلا مزنة ودقت ودقها ولا أرض أبقل إبقالها

ومن جنس هذه المسائل: لو اتخذ في أرضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه، ولو اتخذت لغيره، فمن أخذ السمك فهو له، وكذا في حفر الحفيرة إذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للآخذ، وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل، فإن كان وضعه للماء لصاحبه وإلا فالماء للآخذ، ولو باض صيد

حينئذ صيد **والصيد لمن أخذه)** بالحديث، وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله بأرض إنسان فإنه للآخذ دون صاحب الأرض. والتكنس: التستر، ومعناه في الأصل دخل في الكناس وهو موضع الظبي، ومعنى تكسر انكسر رجله، وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له **(والبيض في معنى الصيد لأنه أصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه)** قوله: **(وصاحب الأرض لم يعدّ أرضه لذلك)** إشارة إلى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له، فأما إذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو للآخذ **(وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه)** أي يضمه إلى نفسه **(أو كان مستعداً له، بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه)** فإن

---

(١) الكُوَّةُ: الثقبُ في الحائط. ويُستعار لمفاتح الماء إلى المزارع أو الجداول فيقال: كوى النّهر. قلت: وتسمى في الشام: طاقة. وهي عبارة عن خرق في الجدار صغير نافذ إلى الدار. والغاية منه قديماً كما كنت أعلم وأشاهد: دخول الدجاج أو البط أو نحوه من الطريق إلى الدار، ومن فوائده أيضاً: أنه إذا جاء الرجل صاحب الدار ولم يجد أحداً في المنزل تراه يأت بطفل صغير يدخل من هذا الثقب ليفتح له الباب ا هـ.

(٢) النّثار: هو ما ينثره العروس أثناء دخوله على الناس وأحياناً بعض الناس ينثره على العروس. ويقال له في العاميّة ـ أي للعروس ـ: يا عريس كثّر مُلبّس.

دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه أو كان مستعداً له، بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه لأنه عد من أنزاله فيملكه تبعاً لأرضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع في أرضه بجريان الماء، والله أعلم.

في أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فمنعه صاحب الأرض، فإن كان في موضع يقدر صاحب الأرض على أخذه قريباً منه بأن كان بحضرته كان الصيد لرب الأرض كأنه أخذه عنده، وإن لم يكن بحضرته لا يملك.

العسل لصاحبها (**لأنه عدّ من أنزاله**) أي من أنزال الأرض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه، والفرق بينهما أن العسل صار قائماً بأرضه على وجه القرار فصار تابعاً لها (**كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء**) بخلاف الصيد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الصرف

قال: **(الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان)** سمى به للحاجة إلى النقل في بدليه

كتاب الصرف

لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجوداً. وأيضاً لما كان عقداً على الأثمان والثمن في الجملة تبع لما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الأصلية: أعني المبيعات، ومفهومه لغة وشرعاً يذكره المصنف، وشرطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وإن اختلف الجنس، ولهذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرأيين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعيين، بخلاف خيار الرؤية، والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض، فلو افترقا وفي الصرف خيار عيب أو رؤية جاز إلا أنه لا يتصوّر في النقد وسائر الديون خيار رؤية لأن العقد ينعقد على مثلها لا عينها، حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدارهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره، وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الأواني والحلي. ولو أسقطا في المجلس خيار الشرط والأجل عاد الصرف صحيحاً خلافاً لزفر. وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فإنما هو حكمه. والجواب أن المختار أنه ليس إلا شرط بقائه على الصحة، فالإشكال على قول البعض القائلين إنه شرط الجواز. وأجابوا بأن تأخره ضرورة نفي إيجاب قبض ملك فهو معتبر مقارناً أو متقدماً شرعاً وإن كان متأخراً صورة، ولا يخفى أنه ينبغي أن يستغني عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر، وأما مفهومه شرعاً فبيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض، وهذا قول القدوري **(الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان)** وإنما قال من جنس الأثمان ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد، فإن المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمناً صريحاً ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف، وإنما سمي اصطلاحاً به لأن مفهومه اللغوي هو النقل، ومنه في دعاء الاستخارة: «فاصرفه عني واصرفني عنه»[1] ونقل كل من البدلين عن مالكه إلى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان في المسمى معنى اللغة فسمي باسم ذلك المعنى المشروط فيه **(أو هو)** أي معناه اللغوي الزيادة، وهذا العقد لا يقصد به إلا

كتاب الصرف

الصرف بيع خاص، وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الأثمان، وقد تقدم ما يدل على تأخيره على السلم في أول السلم، وسمي هذا العقد صرفاً لأحد المعنيين: إما **(للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد. والصرف هو النقل والرد لغة، وإما لأنه لا يطلب به إلا الزيادة)** يعني لا يطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيما يقابلهما من الجودة والصيغة، إذ النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب، فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعاً، وقد دل على مشروعيته قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾

كتاب الصرف

قوله: **(وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم)** أقول: الذي يهمه هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لا يخفى، لكن ذلك يعلم منه أيضاً فاكتفى به قوله: **(ما كان فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعاً)** أقول: الأظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل قوله: **(قد دل على مشروعيته قوله: ﴿وأحل الله البيع﴾ الخ)** أقول: البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء بيع وليس بمشروع. فإن قيل: ما ذكره مشروع

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٦٢ و ٦٣٨٢ و ٧٣٩٠ وأبو داود ١٥٣٨ والترمذي ٤٨٠ والنسائي ٦/ ٨٠ وابن ماجه ١٣٨٣ وأحمد ٣/ ٣٤٤ وابن حبان ٨٨٧ والبيهقي ٣/ ٥٢ كلهم عن جابر قال: كان رسول الله ﷺ يعلمنا الاستخارة كما يعلمنا السورة من القرآن يقول: إذا همّ أحدكم بالأمر، فلْيَرْكعْ ركعتين من غير الفريضة ثم ليقل: اللهم إني أستخيرك بعلمك، واستقدرك بقدرتك، وأسألك من فضلك العظيم، فإنك تقدر، ولا أقدر وتعلم، ولا أعلم، وأنت علاّم الغيوب. اللهم إن كنت تعلم هذا الأمر ـ يسميه بعينه ـ خيراً لي في ديني، ومعاشي وعاقبة أمري، فقدّره لي، ويسِّرْهُ لي، وبارك لي فيه اللهم: وإن كنت تعلمه شراً لي في ديني، ومعاشي، وعاقبة أمري، فاصرفه عنّي، واصرفني عنه، وقدّر ـ رواية: واقدر ـ لي الخير حيث كان ورضني به.

من يد إلى يد. والصرف هو النقل والرد لغة، أو لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه، والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً.

الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر في الغالب لأنه لاينتفع بعينه، بخلاف نحو الطعام والثوب والحمار، والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة ولاربح فيه بالنفل وإلا خلا العقد عن الفائدة، والزيادة تسمى صرفاً وبه سميت العبادة النافلة صرفاً في قوله ﷺ «من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً»(١) فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة، والعدل الفرض الذي هو حق مستحق عليه، ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلاً عليه فقيل قد فسّر الزمخشري بغير هذا. قال في الفائق: في ذكره ﷺ لأمر المدينة «من أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة، لا يقبل منه صرف ولا عدل»(٢) الصرف: التوبة لأنه صرف النفس عن الفجور إلى البّر. والعدل: الفدية من المعادلة والفداء يعادل نفسه، والمراد من إحداث الحدث فعل ما يوجب الحد. والجواب أن أهل اللغة اختلفوا في ذلك، فقد ذكر في الجمهرة عن بعض أهل اللغة: الصرف الفريضة، والعدل النافلة. وفي الغريبين عن بعضهم: الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكره المصنف، ولا اعتراض مع أنه الأنسب. واعلم أن الأموال تنقسم إلى ثمن كل حال وهي الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أولاً، وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره، وإلى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الأمثال من العروض كالثياب والحيوان، وإلى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهوالمكيل والموزون، فإنها إذا عينت في العقد كانت مبيعة، وإن لم تعين، فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن، وإن لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهي مبيعة، وهذا لأن الثمن ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة. قال الفراء في قوله تعالى ﴿وشروه بثمن بخس﴾ الثمن ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد إلا ديناً خلافاً للأئمة الثلاثة فعندهم يتعين الذهب والفضة إذا عينت حتى لو هلكت والدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها. هذا تقسيم المال باعتباره في نفسه، وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمينة وهو في الأصل سلعة، فإن كانت رائجة فهي ثمن لا تتعين بالتعيين، وإن كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس قوله: **(فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل)** يعني في العلم لا بحسب نفس الأمر فقط **(وإن اختلفا في الجودة والصياغة)** فيدخل الإناء بالإناء، فلو باعاهما مجازفة ولم يعلما كميتهما وكانا في نفس الأمر متساويين لم يجز، ولو وزنا في المجلس فظهرا متساويين يجوز،

الآية، وقوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب» الحديث، وإذا كان المطلوب به الزيادة **(والصرف هو الزيادة لغة، كذا قاله الخليل)** ناسب أن يسمى صرفاً **(ومنه)** أي من كون الصرف هو الزيادة لغة **(سميت العبادة النافلة صرفاً)** قال ﷺ: «من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً» والعدل هو القرض، سمي به لكونه أداء الحق إلى المستحق. وشروطه

بأصله. قلنا: فليكن ما نحن فيه كذلك أيضاً، وعليك بالتأمل الصادق قوله: **(وشروطه على الإجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل)** أقول: والشرط الأول لا يغني عن الثالث إذ المراد عد شروط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلاً، فإذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٣٢٦ و ٤٣٢٧ ومسلم ٦٣ ح ١١٤. ١١٥ كتاب الإيمان وأبو داود ٥١١٣ والدارمي ٢/ ٢٤٣. ٢٤٤ وابن ماجه ٢٦١٠ وابن حبان ٤١٥ والطيالسي ١٩٩ وأحمد ١/ ١٧٤ـ ١٧٩ و ٥/ ٣٨ وأبو عوانة ٢/ ٣٠ والبيهقي ٧/ ٤٠٣ كلهم عن أبي عثمان النهدي قال: لما ادُّعِيَ زياد لقيت أبا بكرة فقلت له: ما هذا الذي صنعتم؟ إني سمعت سعد بن أبي وقاص يقول: سمع أُذُناي من رسول ﷺ يقول: من ادعى أباً في الإسلام غير أبيه يعلم أنه غيرُ أبيه فالجنة عليه حرام. ورواية: سمعته أذناي، ووعاه قلبي.. فذكره.

تنبيه: وأما سياق المصنف ابن الهمام فقد جاء في حديث علي في خبر الصحيفة وفيه: ومن والى قوماً بغير إذنه مواليه، فعليه لعنةُ الله، والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل... الحديث رواه البخاري ٦٧٥٥ وليس فيه ذكر أبيه.

(٢) هو خبر علي المتقدم في شأنه الصحيفة.

قال: **(فإن باع فضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفا في الجودة والصياغة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيد والفضل ربا» الحديث. وقال عليه الصلاة والسلام «جيدها ورديئها سواء» وقد ذكرناه في البيوع.

وعد أبي حنيفة لا يجوز، ولو وزنا بعد الافتراق لا يجوز، وإن كانا متساويين خلافاً لزفر. هو يقول: الشرط التساوي وقد ثبت، واشترط العلم به زيادة بلا دليل. قلنا: بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالعلوم شرعاً، وما لم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة، ومقتضى هذا أن لا يجوز إذا وزن في المجلس فظهر متساوياً أيضاً، لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشىء الآن لأن ساعاته كساعة واحدة. وأما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزناً معلوماً فلعدم العلم بالمساواة كيلاً، إذ المساواة وزناً تستلزمه بالنسبة إلى الكيل، والمعتبر فيما كان مكيلاً في عهد النبي ﷺ التقدير بالكيل على ما سلف. وعن هذا إذا اقتسما مكيلاً موازنة لا يجوز لأن القسمة كالبيع. واستدل المصنف على وجوب المساواة بقوله: (ﷺ **«الذهب بالذهب مثلاً بمثل» الحديث)**[١] وقد تقدم، وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدر: أي بيعوا، والأولى حيث كان الذهب مرفوعاً في الحديث أن يجعل عامله متعلق المجرور: أي الذهب يباع بالذهب مثلاً بمثل. نعم حديث الخدري في البخاري عنه ﷺ «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثل بمثل» ظاهر في أنه مفرغ للحال، وبقية الحديث «ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»[٢] والشفّ بالكسر من الأضداد يقال للنقصان والزيادة، والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض، ولا يتضح في معنى النقص وإلا لقال ولا تشفوا بعضها عن بعض، وقوله وزناً بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير لمثلاً بمثل، فإن المثلية أعم، ففسرها بأنها من حيث المقدار، وتقدم حديث «جيدها ورديئها سواء»[٣] أيضاً، وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال: أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإناء كسرواني قد أحكمت صياغته، فبعثني به لأبيعه فأعطيت وزنه وزيادة، فذكرت ذلك لعمر فقال: أما الزيادة فلا. هذا ويدخل في إطلاق

على الإجمال؛ التقابض قبل الافتراق بدناً، وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل. وأقسامه ثلاثة: بيع الذهب بالذهب، وبيع الفضة بالفضة، وبيع أحدهما بالآخر. قال: **(فإن باع فضة بفضة الخ)** فإن باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل، وإن اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» الحديث، والمراد به المماثلة في القدر لا في الصفة لقوله ﷺ: «جيدها ورديئها سواء» وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربا. حدّث محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف في الأصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال: أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإناء كسرواني قد أحكمت صياغته، فبعثني به لأبيعه، فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال: أما الزيادة فلا. قال: **(ولا بدا من قبض العوضين قبل الافتراق)** قبض عوض الصرف قبل الافتراق

قال المصنف: تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق الربا) أقول: سيجيء بيان لزوم الربا من الشيخ أكمل الدين في شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه قوله: **(قيل هو منصوب الخ)** أقول: صاحب القيل هو الإتقاني، والأظهر أن يكون معطوفاً على قوله تحقيقاً للمساواة بحسب المعنى.

---

(١) تقدم في أول باب الربا.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٧٧ ومسلم ١٥٨٤ والترمذي ١٢٤١ والنسائي ٧/٢٧٩ ومالك ٢/ ٢٣٢- ٢٣٣ والشافعي ٢/١٥٧ وفي الرسالة فقرة ٧٥٨ وابن الجارود ٦٤٩ والطيالسي ٢١٨١ وعبد الرزاق ١٤٥٦٣ و ١٤٥٦٤ وأحمد ٣/ ٥٣- ٦١ وابن أبي شيبة ٧/١٠١ والبغوي ٢٠٦١ من طرق كلهم من حديث أبي سعيد واللفظ للبخاري ومسلم في رواية وطوله مسلم وغيره في رواية أخرى فذكر له قصة.

(٣) تقدم أوائل باب الربا في ٨/١ وأنه لا يوجد بهذا اللفظ كذا قال الزيلعي. وإنما الموجود معناه وذلك في أحاديث. النهي عن الربا.

قال: **(ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق)** لما روينا، ولقول عمر رضي الله عنه: وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره، ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالىء بالكالىء ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق الربا، ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا

المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية، حتى لو باع إناء فضة أو ذهب بإناء فضة أو ذهب وأحدهما أثقل من الآخر لا يجوز، بخلاف إناءين من غيرهما نحاس أو شبهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وإن تفاضلا وزناً مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضاً، وذلك لأن صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عددياً لو تعورف ذلك، بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع قوله: **(ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق)** بإجماع الفقهاء. وفي فوائد القدوري: المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد، وذكرنا آنفاً أن المختار أن هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله: فإذا افترقا بطل العقد، وإنما يبطل بعد وجوده وهو الأصح. وثمرة الخلاف فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفاً عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يفسد على القول الأصح. وقوله: **(لما روينا)** يعني قوله «يداً بيد»[1] وكذا ما روينا من حديث البخاري قوله ﷺ «ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»[2] وقول عمر: وإن استنظرك إلى آخره، رواه مالك في الموطأ عنه قال «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يدا بيد هات وهات، إني أخشى عليكم كالربا»[3] وفي رواية قال «الرما» بالميم وهو الربا. ورواه عبد الرازق وقال: أن

بالأبدان واجب بالمنقول وهو: (ما روينا من قوله: «يداً بيد» وقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى. وبالمعقول وهو (أنه لا بد من قبض أحدهما إخراجاً للعقد عن الكالىء بالكالىء وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقاً للمساواة نفياً لتحقق الربا) قوله: (في الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد قوله: (ولأن أحدهما) دليل آخر، وتقريره أن أحد العوضين ليس أولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معاً (ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لإطلاق ما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب» الحديث، وهو يتناول المصوغ وغيره قوله: (ولأنه إن كان يتعين الخ) جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لأنه كالىء بكالىء، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعين. وتقريره أن المصوغ وإن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقة فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا. فإن قيل: فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لأن في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل، فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر إلى كونه خلق ثمناً شبهة عدم

قوله: **(فإن قيل: إلى قوله: بالمصوغ نسيئة الخ)** أقول: المراد بقوله نسيئة انتفاء القبض لا تأجيل كما لا يخفى على المتأمل في السياق قوله: **(فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة)** أقول: أي بلا قبض قوله: **(كان بالنظر إلى كونه الخ)** أقول: فإذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسيئة. وتمام تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمراجعة إلى ما سبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في عدم اشتراط القبض في سائر الأموال الربوية فراجعه قوله: **(أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة الخ)** أقول: أي بدون القبض قوله: **(بقوله يداً بيد)** أقول: إذ معناه عيناً بعين على ما سلف في باب الربا، والتعيين في المضروب لا يتحقق إلا بالقبض كما بين فثبت اشتراط القبض فيه بالنص، بخلاف المصوغ فإن تعيينه لا يتوقف على القبض إذ هو مبيع متعين في نفسه، إلا أن فيه شبهة عدم العيين بالنظر إلى أصل خلقته فعدم جواز بيعه بلا قبض جاء من هذه الشبهة فليتأمل.

---

(١) تقدم في أول باب الربا من حديث عبادة وغيره وهو صحيح.

(٢) تقدم تخريجه قبل حديثين وهو حديث أبي سعيد.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٦٣٥. ٦٣٤ عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفاً وإسناده كالشمس.

يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا، ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقة فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا، والمراد منه الافتراق بالأبدان، حتى لو ذهبا عن المجلس

يدخل بيته. ولما ثبت نص الشرع بإلزام التقابض علله الفقهاء بما ذكره المصنف، وحله أن للتقدم مزية على النسيئة فيتحقق الفضل في أحد العوضين وهو الربا، ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعلا معاً نسيئة قال: لا بد شرعاً من قبض أحد العوضين كي لا يلزم الكالىء بالكالىء: أي الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا بما قلنا. وأيضاً يلزم الترجيح بلا مرجح لأنهما مستويان في معنى الثمينة، فإذا وجب قبض أحدهما فكذا الآخر لعدم الأولوية. فإن قيل: تعليل الكتاب يخص الثمنين المحضين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وإن كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ. فأجاب بأن ذلك لإطلاق ما روينا من قوله ﷺ «الذهب بالذهب والفضة بالفضة»[١] وعلل الإطلاق المذكور بأن المتعين أيضاً كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين إذ فيه شبهة الثمينة إذ قد خلق ثمناً، والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة. ولما كان المعول عليه تناول النص بإطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص إلحاق شبهة شبهة الربا بشبهة الربا في هذا الحكم. وقوله في جهة واحدة لأنهما لومشيا كل في جهة كان افترقا مبطلاً. وقول ابن عمر: وإن وثب من سطح فثب[٢]، يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان، بل إذا لم يوافقه الآخر فيه، وهذا لأن بمجرد وثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر مانعاً إلا إذا لم يثب معه. وحديث ابن عمر[٣] هذا غريب جداً من كتب الحديث، وذكره في المبسوط فقال: وعن أبي جبلة قال: سألت عبد الله بن عمر فقلت: «إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة، فنبتاع ورقهم العشر بتسعة ونصف، فقال: لاتفعل، ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب، ولا تفارقه حتى تستوفي، وإن وثب عن سطح فثب معه»[٤]. وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس. وعن ابن عباس أيضاً رجوعه، وفيه دليل أن المفتي إذا أجاب لابأس أن يبين للسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعل ﷺ حيث قال لبلال «بع التمر ببيع آخر ثم اشتر به»[٥] إنما المحظور تعليم الحيل

التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الأولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله: «يداً بيد» لا بالشبهة لأن الحكم في موضع النص مضاف إليه لا إلى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة **(والمراد بالافتراق ما يكون بالأبدان حتى لو مشيا معاً إلى جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما: وإن وثب من سطح فثب معه)** وقصته ما روي عن أبي جبلة. قال: «سألت عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما فقلت: إنا نقدم أرض الشام ومعناه الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع، ورقهم العشرة بتسعة ونصف، فقال: لا تفعل، ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب، ولا تفارقه حتى تستوفي، وإن وثب من سطح

قوله: **(يرجع، إلى قوله: لم يبطل الصرف)** أقول: بل يرجع إلى قوله المراد منه الافتراق بالأبدان فتأمل تدبر، ثم قوله بالأبدان على معنى دون المكان.

---

(١) تقدم في أول باب الربا.

(٢) ذكره صاحب الهداية عن ابن عمر موقوفاً واستغربه الزيلعي جداً في نصب الراية ٤/٥٦.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/١٦٣: لم أجده. ثم نسبه ابن الهمام للمبسوط حيث ساقه بلا سند.

(٣) هو موقوف ولا يوجد في كتب الحديث.

(٤) هو المتقدم.

(٥) غريب. والصواب ما أخرجه البخاري ٢٢٠١ و ٢٢٠٢ و ٤٢٤٤ و ٤٢٤٥ ومسلم ١٥٩٣ والدارمي ٢/٢٥٨ ومالك ٢/٦٢٣ وابن حبان ٥٠٢١ وكلهم عن أبي سعيد، وأبي هريرة أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمرٍ جنيب. فقال له: أَكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ قال: لا. إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين. فقال له: لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً ا هـ. والجنيب: التمر الجيد. قلت: فذكر بلال لا يوجد وفي الفتح: بعث أخا بني عدي من الأنصار. ورواية لأبي عوانة سماه: سواد بن غزيّة.

يمشيان معاً في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه وإن وثب من سطح فثب معه، وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم، بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالاعراض فيه **(وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل)** لعدم المجانسة **(ووجب التقابض)** لقوله عليه الصلاة والسلام «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء» **(فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد)** لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن بأحدهما لا يبقى لقبض مستحقاً وبالثاني يفوت القبض المستحق، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله.

الكاذبة لإسقاط الوجوبات. قال **(وكذا المعتبر في قبض رأس مال السلم)** يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس **(بخلاف خيار المخيرة)** فإنها لو قامت قبل الاختيار بطل، وكذا إذا مشت مع زوجها في جهة واحدة فإن ذلك دليل إعراضها عما كانت فيه لأن المعتبر في الإبطال هناك دليل الإعراض، والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس، ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قل الافتراق أو أغمى عليهما أو طال قعودهما. وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الإعراض كالقيام من المجلس، حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة، لو ناما جالسين فلا. وعنه: القعود الطويل فرقة دون القصير، ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولاً لا يقول له بعتك الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلاً، وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لأنهما متفرقان. وعن محمد لو قال الأب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل. هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم قوله: **(وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض)** لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»[1] قيل: ومعنى قوله ربا: أي حرام

فثب معه». وفي دليل على آن المفتي إذا بين جواب ما سئل عنه لا بأس أن يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام، ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل. وقيد مشيهما بجهة واحدة، لأنه لو مشيا إلى جهتين يوجب تفرق الأبدان، وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم قوله: **(بخلاف خيار المخيرة)** يرجع إلى قوله لم يبطل الصرف يريد أن مشي المخيرة مع زوجها وإن كان إلى جهة واحدة يبطل خيارها لأنه يبطل بالإعراض **(وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض)** لقوله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء» على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى: ﴿هاؤم اقرؤوا كتابيه﴾ قوله: **(فإن افترقا في الصرف)** متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين: يعني لبقاء العقد، فإن افترقا قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح، بخلاف قول من يقول إن القبض شرط الصحة، فإن شرط الشيء يسبقه والقبض إنما هو بعد العقد، وما أجيب به بأن شرط الجواز ما يشترط مقارناً لحالة العقد، إلا أن اشتراط القبض مقارناً لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه، فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لأن المجلس العقد حكم حالة العقد كما في الإيجاب

قوله: **(بخلاف قول من يقول: إن القبض شرط الصحة، فإن شرط الشيء يسبقه الخ)** أقول: فيه بحث، وجوابه ظاهر قوله: **(وما أجيب به بأن شرط الجواز)** أقول: قوله وما أجيب مبتدأ وخبره يجيء بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمحل قوله: **(فعلقنا الجواز)** أقول: في التفريع تأمل لجواز أن يشترط القبض بالتراخي قبل العقد. وأما لو قال لما فيه من إيجاب إثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراض لا ندفع ذلك قوله: **(وكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فائت، وفي الثاني القبض المستحق شرعاً فائت)** أقول: قوله استحقاق القبض فائت: أي لعدم الملك وقوله القبض المستحق: أي لكونه مالكاً، وقوله شرعاً فائت: أي للتأجيل.

---

(١) تقدم في أوائل باب الربا. رواه الجماعة من حديث عمر.

قال: **(ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه، حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد)** لأن القبض مستحق بالعقد حقاً لله تعالى، وفي تجويزه فواته، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر، لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها، ولكنا نقول: الثمن في

بإطلاق اسم الملزوم على اللازم، ولا مانع من جعله في حقيقته شرعاً وأن اسم الربا تضمن الزيادة من الأموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع. ووجه الاستدلال أنه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفي الحل في كل حالة غيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك.
وقوله: **(إلا إذا أسقط الخيار في المجلس)** استثناء من لازم قوله لا يصبح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان: أي شرط الخيار يفوّت الشرط إلا إذا أسقطه فلا يفوت فيعود إلى الجواز.

وقدمنا نقل خلاف زفر فيه: هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالأجل فرق على قول أبي حنيفة في مسألة، وهي ما إذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الألف فيصير صرفاً فيه وتسعمائة للجارية بيعاً، فإنه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق، وبيع الجارية بتسعمائة صحيح، ولو فسد بالأجل فسد فيهما عنده خلافاً لهما. وفرق بأن في الأول انعقد صحيحاً ثم طرأ المفسد فيخص محله وهو **الصرف**، وفي الثاني انعقد أوّلاً على الفساد فشاع، وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة. وفي الكامل: لو أسقط الأجل من له الأجل دون الآخر صح في المشهور، وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لأن العقد لا ينفسخ بردها لأنه إنما وقع على مثلها، بخلاف التبر والحلي والأواني من الذهب والفضة لأنه ينتقض العقد برده لتعينه فيه، ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق زيفاً أو ستوقاً فحكمه في جميع أبوابه الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم قوله: **(ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه)** وكل منهما ثمن الصرف. فالحاصل أنه لا يجوز التصرف في أحد بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع، فإن فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وهبه البدل أو تصدق به عليه أو أبرأه منه، فإن بطل الصرف لتعذر وجوب القبض، وإذا تعذر الشرط ينتفي المشروط، وإن لم يقبل لا ينتقض لأن البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد. وفرّع عليه **(ما لو**

والقبول، فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكماً، ولو كان موجوداً وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز، فكذا إذا كان موجوداً حكما فعلى ما ترى فيه من التمحل مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء **(ولهذا)** أي ولأن الافتراق بلا قبض مبطل **(لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الأجل)** بأن يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أني بالخيار ثلاثة أيام أو قال إلى شهر **(لأن بالخيار لا يبقى القبض مستحقاً)** لمنعه الملك **(وبالأجل بفوت القبض المستحق)** والفرق بين العبارتين أن في الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقاً وفي الأجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكر منافي الشيء مفوت له، كذا قيل، وكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فائت، وفي الثاني القبض المستحق شرعاً فائت قوله: **(إلا إذا أسقط في المجلس)** يعني منهما إن كان الخيار لهما أو ممن له ذلك **(فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره)** استحساناً خلافاً لزفر رحمه الله وهو القياس، وإن أسقط الأجل فكذلك، وإن أسقط أحدهما فكذلك في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أن صاحب الأجل إذا أسقط الأجل لم يصح حتى يرضى صاحبه، والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر الكرخي؛ وقيد بشرط الخيار لأن خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين لا الدين فإنه لا فائدة في رده بالخيار إذ العقد لا ينفسخ برده وإنما يرجع بمثله، ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الردّ فائدة. قال: **(ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه الخ)** التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز، فإذا باع ديناراً بعشرة دراهم، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقاً لله تعالى إذ الربا حرام حقاً لله، والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لأن

قوله: **(حقاً لله تعالى)** أقول: إذ القبض واجب بالسنة قوله: **(إذ الربا حرام)** أقول: يعني النسيئة.

باب الصرف مبيع لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم الأولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز، وليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه.

قال: **(ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة)** لأن المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا، بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا.

باع ديناراً بعشرة) مثلاً **(ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد، لأن القبض)** في العشرة **(مستحق حقاً لله)** فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين، فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله بقبض بدله من عاقده معه. وأورد عليه أن فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك. أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لأنه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لا لأنه يرتفع والتقديم فيما إذا ثبتا فيرتفع أحدهما فضلاً، وقد نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لأن الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لأن النقد لا يتعين، فإضافة العقد إلى بدل الصرف كعدم إضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها، وهذا على إحدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين في البياعات، فأما على الرواية الأخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا: قلنا قبض بدل الصرف واجب الاستبدال يفوّته فكان شرط إيفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطاً فاسداً فيمتنع الجواز لأسقاط الثمن به، كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكروا في عدم تعين النقد في البيع من أنه لو أشار إلى دراهم وعينها كان له أن يحبسها ويدفع غيرها. وحاصل شراء الثوب ببد الصرف ليس إلا تعيين الثمن الدراهم، فلو كان ذلك شرطاً فاسداً يمنع الجواز بطل ما ذكروا في عدم تعين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لأنه لا يتعين، لا جرم أن المصنف إنما أجاب بأن الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعاً ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعاً وثمناً وجعله بدل الثوب وثمنه بيع له وبيع المبيع قل القبض لا يجوز: يعني وإذا لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب، وأت تعلم أن زفر إنما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمناً فجاز أن يعطي من غيره، ولا شك أن يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض، فإذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقد بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلاً بأن البيع انعقد موجباً دفع مثله، ويكون تسمية بدل الصرف تقديراً لثمن الثوب سواء سميته مبيعاً أو ثمناً لأنه إنما يلزم بيع المبيع قل القبض إذا لزم تسليمه بعينه، وليس هنا هكذا، فإن كان هذا واقعاً لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب وإعطاء ثمن يملكه البائع، ولما لم يكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة إعطاء غيره، وهكذا نقل القدوري عنه: أعني أن البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري، قال: وهذا على إحدى الروايتين عن زفر أن الدراهم لا تتعين، فإذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف، وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقاً كما هو جواب المذهب مشكل. وتنظير النهاية بغاصب الدراهم إذا اشترى وأشار إليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لأن إجازة بيع الثوب على ما قررنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه قوله: **(ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة)** وكذا

الدراهم لا تتعين عيناً كانت أو ديناً فينصرف العقد إلى مطلق الدراهم، إذ الإطلاق والإضافة إلى بدل الصرف إذ ذاك سواء، وإنما قال عن زفر لأن الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلاثة، ولكنا نقول: الثمن في باب الصرف مبيع لأن الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس أحدهما أولى بكونه مبيعاً فيجعل كل واحد منهما مبيعاً من وجه وثمناً من

قال المصنف: (ولكنا نقول: الثمن في باب الصرف مبيع) أقول: ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يعتبر في كونه مبيعاً فيما إذا جعل في مقابلة الثوب كما لا يخفى، ويؤيد ذلك ما سيجيء في بيع الدراهم الغالبة بمثلها متفاضلاً حيث شرط القبض في المجلس قوله: **(إذا كانت ديناً) أقول**: وقابلها مبيع.

قال: **(ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة)** لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف، والظاهر منه الإتيان بالواجب **(وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقداً فالنقد ثمن الطوق)** لأنّ الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما **(وكذلك إن باع سيفاً محلى بماءة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا، وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما)** لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد، قال الله تعالى: ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله **(فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية)** لأنه

سائر الأموال الربوية، بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لأن المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة **(والمساواة غير مشروطة فيه)** أي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا، يعني قوله ﷺ «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء»[1] لكن العادة في مثله أن يقول لما روينا، ثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فعبر بالمجلس عنه قوله: **(ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فيه ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا)** صرف المنقود إلى الطوق وإن لم ينص الدافع عليه، وكذا لو قال خذه منهما صرف أيضاً إلى الطوق وصح البيع فيهما تحرياً للجواز بتحكيم ظاهر حالهما، إذ الظاهر قصدهما إلى الوجه المصحح لأن العقد لا يفيد تمام مقصودهما إلا بالصحة، فكان هذا الاعتبار عملاً بالظاهر والظاهر يجب العمل به، بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الألف من ثمن الجارية فإن الظاهر حينئذ عارضة التصريح بخلافه، فإذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما إذا لم يقبضه. فإن قلت: ففي قوله خذه منهما عارضة أيضاً. قلنا: لا نسلم لأن المثنى قد استعمل فى الواحد أيضاً قال تعالى ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ [الرحمن:

وجه وإن كانا ثمنين خلقة، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة، واعتبرنا كل واحد منهما ثمناً من وجه مبيعاً من وجه ضرورة انعقاد البيع وإن كان كل واحد مبيعاً حقيقة. قيل لا نسلم عدم الأولوية فإن ما دخله الباء أولى بالثمنية. وأجيب بأن ذلك في الأثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير إذا كانت ديناً في الذمة لا في الأثمان الخلقية. قال: **(وليس من ضرورة كونه)** جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعاً وجب أن يكون متعيناً، فقال كونه مبيعاً لا يستلزم التعيين، فإن المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين. وعورض بأن كل واحد منهما لو كان مبيعاً لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك، فإنه لو باع ديناراً بدرهم وليسا في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح. وأجيب بأن الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه، وإنما اعتبر مثمناً بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمناً بعده ثمناً قبله فلا يشترط وجوده قبله. قال: **(ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة)** إذا كان الصرف بغير الجنس صح مجازفة لأن المساواة فيه غير مشروطة، لكن القبض شرط لقوله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء» وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا، بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فإنه لا يجوز إذا لم يعرف المتعاقدين قدرهما وإن كانا متساويين في الوزن في الواقع لأن العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لأن الفضل حينئذ موهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق، والنبي ﷺ لم يرد المماثلة في علم الله لأنه لا سبيل إلى ذلك، وإنما أراد المماثلة في علم العاقدين ولم توجد؛ وإن لم توجد، فإن كانا وزنا في المجلس وعلما في المجلس تساويهما كان القياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً لكنهم استحسنوا جوازه لأن ساعات المجلس كساعة واحدة. وقال زفر رحمه الله: **إذا عرف التساوي بالوزن** جاز سواء كان في المجلس أو بعده لأن الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع. والجواب ما قلنا إن المراد بها ما هو في علمهما. قال: **(ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة الخ)** الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفاً بما

قوله: **(إذا عرف التساوي بالوزن الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا لم يوزن أصلاً فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارح وغيره في مسألة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليتأمل في جوابه.

---

(١) هو بعض المتقدم. متفق عليه.

صرف فيها **(وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر)** لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف **(وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية)** لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية، وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه، فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله، وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت.

٢٢] ولامراد من أحدهما وهو البحر والملح، و﴿يا معشر الجن والإنس ألم يأتكم رسل منكم﴾ [الأنعام: ١٣٠] وإنما الرسل من الإنس في مذهب أهل الحق، وقال تعالى ﴿نسيا حوتهما﴾ [الحوت: ٦١] وإنما نسيه فتى موسى. وقال ﷺ في قصة مالك بن الحويرث وابن عم له: «إذا سافرتما فأذنا وأقيما»(١) وإنما أراد أن يؤذن أحدهما، وقال تعالى ﴿قد أجيبت دعوتكما﴾ [يونس: ٨٩] والمراد دعوة موسى، إلا أنه قد قيل إن هارون كان يؤمن على دعائه، فإذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا، وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الأجل في العقد شاع الساد في الجارية أيضاً على قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق. هذا ولقد وقع الإفراط في تصوير المسألة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب، وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط، بل الأصل أنه إذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه، ومثل هذا فيما إذا باع سيفاً محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فإنه يجب فيه هذه الاعتبارات، ولو لم يتقابضا في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية لأنه صرف فيها ويصح في الجارية. وأما السيف فإن كانت الحلية لم تتخلص منه إلا بضرر فيه فسد في السيف أيضاً لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر فيه، ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كما مر في جذع من سقف، فإن كان يتلخص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لأنه أمكن إفراده وبطل في الحلية خاصة. ثم الجواب في المسألتين مقيد بما إذا كانت الفضة المفردة: يعني الثمن أكثر من الطوق والحلية، فإن كانت مثله أو أقل أو لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما إذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما إذا لم يدر الحال، وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة. فإن قيل: في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد. أجاب بأن جهة الفساد متعددة، فإنها من وجهين، وهو تجويز الأقلية والمساواة، بخلاف الصحة فإنها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد، على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفسادة فلا حاجة إلى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج إلى الجواب بأن المعنى أن احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف إذا اجتمعا، وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب

يقابلها من الثمن. باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه ألف مثقال بألفي مثقال ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقاً للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره، والظاهر من حال المسلم الإتيان بالواجب تفريغاً للذمة، كما إذا ترك سجدة صلاتية وسها أيضاً ثم أتى بسجدتي السهو وسلم تصرف إحدى سجدتي السهو إلى الصلاتية وإن لم ينوها ليكون الإتيان بها على وجه الصحة، وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقداً فالنقد ثمن الطوق لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية، والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز، وكذا لو باع سيفاً محلى بمائة درهم وحليته

قوله: **(وإن قال عن ثمن السيف، إلى قوله: لأن الترجيح الخ)** أقول: فيه بحث.

---

(١) رواه الجماعة وتقدم في كتاب الصلاة باب الإمامة.

قال: **(ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركاً بينهما)** لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارىء لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع.

قال: **(ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده)** لأن الشركة عيب في الإناء **(ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له)** لأنه لا يضره التبعيض.

ذهباً مع غيره قوله: **(ومن باع إناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركاً بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم)** يقبض **(و)** لا يشيع **(الفساد)** في الكل لأنه **(طارىء)** بعد صحة العقد في كل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة في الكل **(فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع)** ولا يتخير واحد من المتعاقدين لأن عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض، بخلاف ما لو استحق بعض الإناء فإن المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده **(لأن الشركة عيب)** ولم يحدث بصنعه، بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق حيث يأخذ الباقي بحصتها **(ولا خيار له لأنه يضره التبعيض)** فلم يلزم العيب وهو الشركة لإمكان أن يقطع حصته منها قوله: **(ومن باع درهمين وديناراً بدينارين ودرهم جاز)** البيع **(وجعل كل واحد)** من الجنسين **(بخلافه)** فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار **(وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز، وعلى هذا الخلاف إذا باع**

خمسون ودفع من الثمن خمسين، فإن دفع ساكتاً عنهما جاز البيع وكانا لمقبوض حصة الحلية لما بينا أن الظاهر الإتيان بالواجب، وإن صرح بذكرهما فكذلك لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد، قال الله تعالى: ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ وإنما يخرجان من أحدهما فيحمل عليه بقرينة الحال، وإن قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه، وإن قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والإضافة، ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله أن المدفوع ثمن السيف، فإن لم يتقابضا شيئاً حتى افترقا بطل العقد في الحلية لأنه صرف فيها. وأما في السيف فإن كان لا يتخلص إلا بضرر فكذلك لعدم إمكان التسليم بدونه، ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف وإن كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الخلية لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية قوله: **(وهذا إذا كانت الفضة المفردة)** يعني الثمن **(أزيد مما فيه)** أي المبيع تعميم للكلام لأن فرض المسألة أن الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الأقسام الأخر وهي أربعة: الأول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التي مع غيْرها، وهو جائز لأن مقدارها يقابلها والزائد يقابل الغير فلا يفضي إلى الربا. والثاني أن يكون وزن المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز، لأنه ربا لأن الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير جنسها. والثالث أن تكون المفردة أقل وهو أوضح. والرابع أن لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافاً لزفر فإن الأصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض، فإن لم يعلم به حكم بجوازه. والجواب أنّ ما لا يدرى بجوز في الواقع أن يكون مثلاً وأن يكون أقل وأن يكون زائداً، فإن كان زائداً جاز وإلا فسد فتعددت جهة الفساد فترجحت. واعترض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح. وأجاب شمس الأئمة الكردري رحمه الله بأن مراده أنه إذا كان أحدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي إذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة. قال: **(ومن باع إناء فضة ثم افترقا الخ)** ومن باع إناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الإناء لأنه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح: أي بقي صحيحاً في بعض وبطل في آخر، وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز

قوله: **(والدليل على ذلك الوقوع الخ)** أقول: لا يطابق المشروح قوله: **(لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الخ)** قول: ذلك في الثالث غير ظاهر إذ ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة فليتأمل.

قال: **(ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه)** وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز وعلى هذا الخلاف إذا باع كرّ شعير وكرّ حنطة بكرّي شعير وكرّي حنطة. ولهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين، والتغيير لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف، كما إذا اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب، وكذا إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه. وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده. وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم

كرّ شعير وكرّ حنطة بكرّي شعير وكرّي حنطة) أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين، وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين **(لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه)** أي تصرف العاقد **(لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين)** وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلاً لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء، وخلاف جنسه وأجزاء جنسه أكثر إذ أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة، وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم وإلا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة، وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الألف بنفسها مقابلة لذرة أخرى ولأنه حينئذ ينتفي الانقسام بأدنى تأمل، والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبداً وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعاً، ولولا أن الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعاً، وتغيير تصرفهما لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف بدليل الإجماع، على أن من اشترى قلباً وزنه عشرة بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لا يجوز، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب وحده ليخلو القلب عن

فيكون الفساد طارئاً فلا يشيع. لا يقال: على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لأن تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز، وهاهنا الصفقة تامة فلا يكون مانعاً وقد تقدم معنى تمام الصفقة. قال: **(ولو استحق بعض الإناء الخ)** أي ولو استحق بعض الإناء في هذه المسألة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء ردّ لأن الإناء تعيب بعيب الشركة إذ الشركة في الأعيان المجتمعة تعد عيباً لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير، بخلاف صورة الافتراق فإن العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض. قال: **(وإن باع قطعة نقرة الخ)** المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة. فإضافة القطعة إلى النقرة من باب إضافة العام إلى الخاص. وإذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لأن الشركة فيها ليست بعيب لأن التبعيض لا يضره بخلاف الإناء. قال: **(ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع الخ)** رجل باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز، وعلى هذا إذا باع كرّ حنطة وكرّ شعير بكرّي شعير وكرّي حنطة. والأصل أن الأموال الربوية المختلفة الجنس إذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها إلى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحاً للعقد خلافاً لهما، قالا: إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين، ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر، والدليل على ذلك الوقوع فإنه إذا اشترى قلباً: أي سواراً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب، وكذا إذا اشترى عبداً بألف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن من البائع بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه لصرف الألف إليه، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده، وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف إلى الثوب،

قوله: **(فلأن كل مطلق يحتمل المقيد الخ)** أقول: فيه بحث.

وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا. ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس، وأنه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحاً لتصرفه، وفيه تغيير وصفه لا أصله لأنه يبقى موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف ما عدّ من المسائل. أما مسألة المرابحة فلأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب. والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه

التفاضل، وكذا إذا اشترى عبداً بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز، ويفسد في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده. وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف إلى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام إجماعية كلها دالة على أن تغيير التصرف لا يجوز، وإن كان يتوصل به إلى تصحيحه. قال إمام الحرمين: والمعتمد عندي في التعليل أنا تعبدنا بالمماثلة تحقيقاً وهنا لم تتحقق فيفسد العقد. قال صاحب الوجيز: وللخصم أن يقول: تعبدنا بتحقق المماثلة فيما إذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الإطلاق. فإن قلت: الثاني فممنوع، وإن قلت الأول فمسلم، وليس صورة الخلافية، انتهى ببعض تغيير. وحاصلة أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد، وإنما يقتضيه لو كان التفاضل لازماً حقيقة، وذلك لا يكون إلا إذا قوبل معين بمعين وتفاضلاً، وحينئذ لا حاجة في التصحيح إلى التوزيع وصرف كل إلى خلاف جنسه عيناً، لكن الأصحاب اقتحموه بناء على أصل إجماعي، وهو أن مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة، ولهذا يحمل كلامه على المجاز وتترك حقيقته إذا كان لا يصح على تقديره، ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها إذا كان لا يصح إلا بذلك، كأنهم نظروا إلى أن المقابلة على وجه الشيوع إن لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة، وشبهة الربا معتبرة كحقيقته؛ فقالوا العقد كذلك إنما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه، لأن اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين

وليس ذلك كله إلا لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين، فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز. ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الإرادة فينبغي أن يكون مراداً، أما أنه جائز الإرادة فلأن كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة، ولهذا إذا باع كرّ حنطة بكريها فسد لأن الكرّ قابل الكرّ وفضل الآخر. وأما وجوب أن يكون مراداً فلأنه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه، ولئن منع تعينه لذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر. قلنا: هذا غلط، لأنا ما أردنا من الطريق إلا الصرف إلى خلاف الجنس على أيّ وجه كان. على أن فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل تغييراً متعين. والجواب عن قولهما إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله، والأول مسلم ولا نسلم أنه مانع عن الجواز، والثاني ممنوع لأن موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه وإن كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع إلى معين لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقياً ثم أجاب عن المسائل المستشهد بها. أما الأولى: أعني مسألة المرابحة فبقوله لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب، ولا يخلو من أن يكون مراده أنه تغيير في الأصل أو غير ذلك؛ فإن كان الثاني فلم يبينه، وإن كان الأول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن أن الانتقال من الزيادة إلى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع، ولعله يجوز أن يقال إن ذلك في المساومة، أما إذا صرحا بذكر المرابحة فالتغيير إلى التولية في أصل العقد لا في وصفه، وأما الثانية فبقوله والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف للمشتري، وقد تقدمت هذه المسألة في شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وأما

يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري. وفي الثالثة أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين

بدليل أنه يصح تفسيره به؛ فإنه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه، وعلى هذا التقدير لا حاجة إلى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر إلى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شائعاً لا أصله لأنه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه، بخلاف المسائل المذكورة فإن عدم الصرف فيها لعدم الإمكان والتعيين. أما مسألة المرابحة فعدم الصرف لأنه يتغير أصل العقد إذ يصير تولية في القلب. واعترض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسألة الطوق والجارية أن يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بعشرة أن يحمل فيهما على أحدهما: يعني الثوب، كما حمل قوله خذ هذه الألف من ثمنهما على ثمن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لا يضر إذ يصدق أن العقد مرابحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة، وفي المسألة الثانية وهو ما إذا باع عبداً اشتراه بألف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين أن يكون بصرف الخمسمائة إلى العبد الآخر فيكون بائعاً ما اشتراه ممن اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه، لأنه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسمائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك إلى العبد الآخر فيصير بائعاً للمشتري ممن اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه. ونقض بأن طريق الصحة أيضاً ليس متعيناً فيما قلتم، بل له وجه آخر وهو أن يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم. أجيب بأن التغيير ما أمكن تقليله متعين، وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون إلا بما قلنا فكان ما قلنا متعيناً، بخلاف ما فرض فإن فيه ثلاث تغييرات. وأيضاً فإن الذي ادعيناه طريقاً متعيناً هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق، وما ذكرتم من ذلك ومن أنّ أن يصرف نصف درهم إلى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس، وإلى هذا رجع قول صاحب الكافي في الجواب: التعدد إنما يمنع الجواز إذا لم يكن لأحد الوجوه ترجيح بل تساوت، لأنه حينئذ يلزم الترجيح بلا مرجح فتتمانع الوجوه فيمتنع، أما إذا كان فلا، وفيما اعتبرناه ذلك لأن العقد ورد على اسم الدرهم والدرهمين فلا يغير عنه، ونحن أسلفنا لنا في أصل هذا الأصل نظراً استند إلى جواز ثبوت الشيء بعلل مستقلة اجتمعت دفعة. وأما في المسألة الثالثة وهي ما إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما فلأن البيع أضيف إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع لجهالته، ولأن المعين ضده فلا يحمل الشيء على ضده فليس بشيء لأن المعرفة مما صدقات النكرة، فإن زيدا يصدق عليه رجل ولا شك أن يحتمله فيجب حمله عليه. وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدي أو حماري حرّ إنه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة، وكذا ما قيل إن تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضف إلى المعين. واعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة إن لحظ له جواب فذاك وإلا فلا يضرك النقض في إثبات المطلوب، إذ غايته أنه خطأ في محل آخر إذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأ في محل النزاع. وأما في المسألة الأخيرة وهي ما إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض

الثالثة فلأنه أضيف البيع إلى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده. وأما في الأخيرة فإن العقد قد انعقد صحيحاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض، وكلامنا في الابتداء: يعني أن الصرف إلى خلاف الجنس لصحة

قوله: (فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول: لعل مراده هو المنع اللغوي فلا يرد أنه يؤول إلى مقابلة المنع بالمنع.

ضده. وفي الأخيرة العقد انعقد صحيحاً والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء.

قال: **(ومن باع أحد عشر درهماً بعشره دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم)** لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا، فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر

فليس مما نحن فيه، فإن العقد انعقد صحيحاً، وإنما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس في الفساد الطارىء. فإن قيل: فليصرف الجنس إلى خلاف جنسه ليبقى صحيحاً كما يصرف لينعقد صحيحاً والمقتضى واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة. قلنا: الفساد هناك ليس طروّه متحققاً ولا مظنوناً ليجب اعتبار الصرف من أول الأمر بل يتوهم، لأن الظاهر أنهما يتقابضان بعد ما عقدا قبل الافتراق فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار. وأما المسألة المستشهد بها أولاً وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فإنما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع، ونحن نقول هو الأصل، وإنما قلنا إذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير إليه وهو ثابت في المسألة المفروضة؛ ألا ترى إلى ما في الإيضاح قال: الأصل في هذا الباب أن حقيقة البيع إذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر. وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة، فإن كان العقد مما لا ربا فيه، فإن كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الأجزاء، وإن كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة، وأما فيما فيه الربا فإنما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد. مثاله: باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد، فإن الخمسة بالخمسة والخمسة الأخرى بإزاء الدينار، وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مسألة الكتاب انتهى. ونظير المسألة المذكورة المسألة التي تلي هذه وهي قوله: **(ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز البيع)** وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لأن شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهماجنسان لا يعتبر التساوي بينهما. ثم فرّع المصنف فرعاً بين فيه أن بعض هذه البياعات وإن كانت جائزة في الحكم فهي مكروهة فقال **(ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب)** يعني وأحدهما أقل من الآخر إلا أن مع الأقل شيء آخر كفلوس أو غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة، وإن لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يضع معه كفاً من زبيب أو فلسين. وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك؟ قال: مثل الجبل. ولم ترو الكراهة عن أبي حنيفة بل صرح في الإيضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة، قال: وإنما كره محمد ذلك لأنه إذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز، وهكذا ذكر في المحيط أيضاً. وقيل إنما كرهه لأنهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فإنه مكروه لهذا. وأورد لو كان مكروهاً كان البيع في مسألة الدرهمين والدينار بدرهم وديناري وهي المسألة الخلافية مكروهاً ولم يذكره. أجيب بأنه إنما لم يذكر الكراهة هناك لأنه وضع المسألة

العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح. قال: **(ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار الخ)** المسألة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الأموال الربوية وفي هذه أحدهما وهي صحيحة كالأولى، وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لأن شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهراً، إذ الظاهر من حال البائع إرادة هذا النوع من المقابلة حملاً على الصلاح وهو الإقدام على العقد الجائز دون الفاسد. قال: **(ولو تبايعا فضة بفضة الخ)** ولو باع عشرة دراهم وشيئاً معه بخمسة عشر درهماً، فإما أن يكون له قيمة أو لا، والأول إما أن تبلغ قيمته الفضة أو لا، فإن كان مما لا قيمة له كالتراب مثلاً لا يجوز البيع لأن الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربا وإن كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة، وإن لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب أو جوزة أو بيضة. والكراهة، إما لأنه احتيال لسقوط الربا فيصير كبيع العينة في أخذ الزيادة بالحيلة، وإما لأنه يفضي إلى أن يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز. فإن قيل: فالمسألة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم تذكر فيهاالكراهة. أجيب بأنه إنما لم يذكرها لأنه وضع المسألة فيما إذا كان الدينار الزائد بمقابلة

التساوي فيهما **(ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية، وإن لم تبلغ فمع الكراهة، وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع)** لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا.

قال: **(ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصّا العشرة بالعشرة فهو جائز)** ومعنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة. ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا، والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة، فإذا تقاصّا يتضمن ذلك

فيما إذا كان الزائد ديناراً بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهة، ولا يخفى أن العقد واحد، وكما أن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه، فالعقد مكروه بالنظر إلى الطرف الآخر. والذي يقتضيه النظر أن يكون مكروهاً إذ لا فرق بينه وبين المسألة المذكورة في جهة الكراهة، وغاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه، ثم ذكر أصلاً كلياً يفيده، وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضاً على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف، وأما إذا ضم ما لا قيمة له ككفّ من تراب لا يصح لأنه لم يقابل الزيادة مال.

[فرع] اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لأنه إن لم يظهر في التراب شيء فظاهر، وإن ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة، ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لأن البدلين هما الفضة لا التراب. ولو اشتراه بتراب ذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس، فلو ظهر أن لا شيء في التراب لا يجوز وكل ما جاز فمشترى التراب بالخيار إذا رأى لأنه اشترى ما لم يره قوله: **(ومن له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة وقبض الدينار)** فإن كان أضاف إلى العشرة الدين جاز اتفاقاً، ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعينه بالقبض لأن تعيين أحد البدلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعين الآخر لدفع الربا بالتساوي، وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقاً، فعند الإضافة إلى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضاً قبضاً يحصل به التعيين، بخلاف ما إذا لم يضف إليه لأن موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين، ولذا قال زفر رحمه الله فيما إذا باعه المديون بالعشرة ديناراً بعشرة وهي مسألة الكتاب ثم تقاصّا

الدرهم وقيمة الدينار تبلغ قيمة الدرهم ولا تزيد، وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما تكون قيمته عشرة دراهم. والحق أن السؤال ساقط لأن الكراهة إنما هي للاحتيال لسقوط ربا الفضل وهو لا يتحقق في المسألة المتقدمة لأن فيها الظاهر من حالهما إرادة المبادلة، بخلاف هذه المسألة، فإن إرادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة قوله: **(ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ)** مسألة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام: لأنه إما أن يكون سابقاً أو مقارناً أو لاحقاً، فإن كان سابقاً وقد أضاف إليه العقد كما إذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بالعشرة الذي عليه فإنه يجوز بلا خلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه لأنه ملكها بدلاً عن الدينار. غاية ما في الباب أن هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازاً عن الكالىء بالكالىء. ويشترط قبض الآخر احترازاً عن

قوله: **(وهو لا يتحقق في المسألة المتقدمة)** أقول: فيه بحث قوله: **(وهو على ثلاثة أقسام الخ)** أقول: إن اعتبر ما أضيف إليه العقد فالأقسام اثنان سابق ومقارن، وإن اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجعله ثلاثة قوله: **(ويشترط قبض الآخر احترازاً عن الربا وذلك الخ)** أقول: أشار بقوله ذلك إلى الربا قوله: **(بأن أطلق العقد الخ)** أقول: فإنه إذا أطلق يكون بدل الدينار وهو لعشرة دينار في ذمة المشتري مقارناً للعقد الفرض أنه لم ينقد بل تقاصاً قوله: **(ما لم يتقاصا)** أقول: هذا زائد قوله: **(بقوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيد»)** أقول: الأولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام: «هاء وهاء» فإن لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين في مجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه ما رواه المصنف هذا إلا أن يكون من قبيل النقل بالمعنى.

فسخ الأول والإضافة إلى الدين، إذ لولا ذلك يكون استبدالاً ببدل الصرف، وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه، والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة، وزفر يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء، وهذا إذا كان الدين سابقاً، فإن كان لاحقاً فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول، والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز.

لا يجوز، لأن موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة، ونحن نقول: موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك، غير أنه بقبض سابق كما ذكرنا، ولا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة. وعلى هذا التقرير لا حاجة إلى اعتبار فسخ العقد الأول بالإضافة إلى العشرة الدين بعد العقد على الإطلاق، بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسمائة فإن الفسخ لازم لأن أحدهما لم يصدق على الآخر، بخلاف العشرة مطلقاً مع هذه العشرة للصدق، لأن الإطلاق ليس قيداً في العقد بها وإلا لم يكن قضاؤها أصلاً إذ لا وجود للمطلق بقيد الإطلاق وعلى ذلك مشوا.

وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى عقد آخر اقتضاه، ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في أعتق عبدك عني بألف إنه يقع عن الأمر إذا أعتقه المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه (**وهذا إذا كان الدين سابقاً**) على بيع الدينار (**فإن كان لاحقاً**) قبل الافتراق والمسألة بحالها بأن عقدا على الدينار بعشرة ثم باع مشتري الدينار من بائعه ثوباً بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عنها ففي رواية لا يصح، والأصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والإضافة إلى الدين بعد تحققه. وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: إذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج إلى التراضي لأنه قد

الربا وذلك لأن بقبض أحد البدلين حصل الأمن عن خطر الهلاك، فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لأن الدين في معنى التأدي فيلزم الربا، وهذا معدوم فيما نحن فيه لأن الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك. وحاصله أن تعيين أحد البدلين بعد القبض الآخر للاحتراز عن الربا، ولا ربا في دين يسقط وإنما هو في دين يقع الخطر في عاقبته، وإن كان مقارناً بأن أطلق العقد ولم يضف إلى العشرة التي عليه وقع الدينار؛ فإما أن يتقابضا أو لا، فإن كان الثاني لم تقع المقاصّة ما لم يتقاصّا بالإجماع، وإن كان الأول جاز ووقعت المقاصّة استحساناً، والقياس ينفيه، وبه قال زفر رحمه الله، لأنه استبدل ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضاً. ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيد» والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصّة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين، لأن بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه، لكنهما إذا أقدما على المقاصّة بتراضيهما لا بد ثمة من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الأول، والإضافة إلى الدين الذي كان عليه ضرورة إذ لولا ذلك كان استبدالاً ببدل الصرف وهو لا يجوز، وعلى هذا كان الفسخ ثابتاً بالاقتضاء، ولهما ذلك لأن لهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الأولى، وهو نظير ما إذا تبايعاً بألف ثم بألف وخمسمائة. وفيه بحث من أوجه: الأول أن عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصّة لما وقعت إذا أضيف العقد إلى الدين السابق. الثاني أن الثابت بالاقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي، وإذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضي وهو المقاصّة لأنه يقتضي قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات الفسخ. الثالث أن العقد لو فسخ للمقاصّة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة لأن لإقالة الصرف

قوله: (**فكان لهما تغيير وصف العقد**) أقول: فيه بحث أن هذا ليس بتغيير وصف قال المصنف: (**وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة**) أقول: فإن اختلج في بالك شيء في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الإضافة إلى الدين لا يتعين الدين، ولهذا إذا تصادقا أن لا دين لا يبطل كما يجيء في كتاب الوكالة فكان الإطلاق والتقييد سواء فليتأمل قال المصنف: (**على ما نبينه**) أقول: قال الإتقاني: إشارة إلى قوله فكفى ذلك للجواز انتهى، وفيه بحث قوله: (**فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ**) أقول: الإطلاق وترك التفصيل في موضع يحتاج إليه يكفي لصحة الاستدلال.

قال: **(ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة)** والغلة ما يردّه بيت المال ويأخذه التجار. ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة.

قال: **(وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب، ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً**

وجد منه القبض قوله: **(ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمي غلة ودرهم صحيح، والغلة ما يرده بيت المال)** لا للزيافة، بل لأنها دراهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع وثمن وأقل وبيت المال لا يأخذ إلا الغالي، وإنما جاز للمساواة في الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لأن الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة قوله: **(وإذا كان الغالب الخ)** الدراهم والدنانير إما أن يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش أقل، أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين، فإن كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتباراً للغالب لأنها على ما قيل قلما تنطبع إلا بقليل غش **(وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه)** الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداءة مهدرة شرعاً عند المقابلة بالجيد. فكذا الغش المغلوب إلحاقاً له بها، وإذا كان كالخالصين فلا يجوز بيعهما بالخالص مع الذهب والفضة إلا متساويين في الوزن، وكذا بيع بعضها ببعض. وكذا لا يجوز استقراضها بها إلا وزناً كاستقراض الذهب والفضة الخالصين **(وإن كان الغالب فيهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير)** الخالصة **(اعتباراً للغالب، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف)** وهي أنه إن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس أيضاً إذا كان لا تتخلص الفضة إلا بضرر، وإن كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش **(وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس)** أي يصرف كل من الدراهم إلى غش الدراهم الأخرى **(لأنها في حكم شيئين فضة و)** غش **(صفر)** أو غيره **(ولكنه)** مع هذا **(صرف حتى يشترط القبض)** وقبل الافتراق وتجوّز المصنف **(بالمجلس)** عنه **(لوجود الفضة من الجانبين، وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر)** ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في كل دراهم غالبة الغش، بل إذا كانت الفضة المغلوبة بحيث

حكم الصرف. والجواب عن الأول ما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله: **(وفي الإضافة إلى الدين)** يعني المعهود **(تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه)** وعن الثاني بأن المقاصة تقتضي قيام العقد وهو موجود لأنهما لما أبطلا عقد الصرف صارا كأنهما عقدا عقداً جديداً فتصح المقاصة به.

وعن الثالث بأن الإقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت لمثل هذه الإقالة حكم البيع، وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسألة فتعين له وجه القياس. فإن قيل: لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي أنه قال لرسول الله ﷺ: «إني أكري إبلاً بالبقيع إلى مكة بالدراهم فآخذ مكانها دنانير، أو قال بالعكس، فقال ﷺ: لا بأس بذلك إذا افترقتما وليس بينكما عمل» فالجواب أنه يدل على المقاصّة، وليس فيه دلالة على أنهما كانا يضيفان العقد إلى الدين الأول أو إلى مطلقه فلم يكن قاطعاً حتى يلتزمه زفر وإن كان لاحقاً بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم.وقبض الدينار ثم إن مشتري الدينار باع ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصّا ففيه روايتان. في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها فخر الإسلام، وقال المصنف: في أصح الروايتين تقع المقاصة، وفي رواية أبي حفص واختارها شمس الأئمة وقاضيخان: لا تقع المقاصّة لأن الدين لاحق والنبي ﷺ جوّز المقاصّة في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما. ووجه الأصح أن قصدهما المقاصد يتضمن الانفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقاً على المقاصّة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول؛ وهو ليس بدافع كما ترى إلا إذا

قوله: **(ويقوي به الوجه)** أقول: أي وجه الأصح.

في الوزن. وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزناً) لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش، وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة، والجيد والرديء سواء **(وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير)** اعتباراً للغالب، **فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف (وإن بيعت بجنسها متفاضلاً جاز صرفاً لجنس إلى خلاف الجنس) فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس** لوجود الفضة من الجانبين، **فإذا شرط القبض في الفضة**

تتخلص من النحاس إذا أريد ذلك، فأما إذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلاً بل تكون كالمموهة لا تعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف، وإنما هو كاللون وقد كان في أوائل قرب سبعمائة في فضة دمشق قريب مع[1] ذلك. قال المصنف رحمه الله **(و)** مع هذا **(مشايخنا)** يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند **(لم يفتوا بجواز ذلك)** أي بيعها بجنسها متفاضلاً **(في العدالي والغطارفة)** مع أن الغش فيها أكثر من الفضة **(لأنها أعز الأموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا)** الصريح، فإن الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الأموال النفيسة فيتدرجون إلى ذلك في النقود الخالصة فمنع ذلك حسماً لمادة الفساد. والغطارفة دراهم منسوبة إلى غطريف ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، وقيل هو خال الرشيد **(ثم إن كانت)** هذه الدراهم التي غلب غشها **(تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن، وإن كانت إنما تروج بالعدّ فالبيع بها والاستقراض لها بالعدّ)** ليس غير **(وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن نص)** على ما عرف في الربا **(وما دامت تروج فهي أثمان لا تتعين بالتعيين ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد وإن كانت غير رائجة فهي سلعة تتعين بالتعيين)** ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم، وهذا إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم،

أضيف أن القياس يقتضي أن لا تقع المقاصّة بين الدين والعين أصلاً لعدم المجانسة، إلا أنها استحسن ذلك بالأثر، ويقوّي هذا الوجه أن الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم، فالمطلق والمقيد منه سواء، وقد وقعت المقاصة إذا أضيف إلى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الأول، وإلا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف؛ أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد، فإذا أضيف إلى الدين السابق تجانسا، وإذا أضيف إلى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وإنما المجانسة حينئذ بينهما، وبين الدين المقارن وهذا أوضح. قال **(ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة الخ)** الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعاً ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع. أما الأول فلصدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة، وأما الثاني فلأن المانع أن تصور هاهنا في الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس. قال: **(وإن كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ)** الأصل أن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة؛ كما في الرديء، والثاني ما يخلط للانطباع فإنها بدونه تتفتت، وإذا كان كذلك يعتبر الغالب لأنه المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك، فإذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها إلا متساوياً في الوزن **(وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير)** فإن اشترى بها إنسان فضة خالصة، فإن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدرى فالبيع فاسد، وإن كانت أكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف **(وإن بيعت بجنسها متفاضلاً جاز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر)** قوله: **(ولكنه صرف)** جواب عما يقال إذا صرف الجنس إلى خلاف الجنس فلا يكون صرفاً فلا يبقى التقابض شرطاً.

قوله: **(وهذا يشير إلى أن الاستهلاك إنما يتحقق عند عدم التمييز)** أقول: تحقيقه في النهاية، ثم أقول: وجه الإشارة لا يخلو عن خفاء، ثم قوله إلى أن الاستهلاك: أي استهلاك المغلوب من الفضة والصفر.

---

(١) لعل صوابه: (من) بدل: مع والله أعلم.

يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر. قال رضي الله عنه: ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالى والغطارفة لأنها أعزّ الأموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا، ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن، وإن كانت تروج بالعدّ فبالعد، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص، ثم هي ما دامت تروج تكون أثماناً لا تتعين بالتعيين، وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفاً إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه، وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه **(وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف رحمهما الله: عليه قيمتها يوم البيع. وقال محمد رحمه الله: قيمتها آخر ما تعامل الناس بها)** لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد، كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه. وإذا بقي العقد وجبت القيمة، لكن عند أبي يوسف

فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج، وإن كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنبهرجة، فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرائجة، لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضي بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلونها به، وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الأروج، فإن استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع، وتعيين المصنف الجياد تساهل **(و)** من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها أنه **(لو اشترى سلعة بها فكسدت)** أي قبل قبضها **(بطل البيع عند أبي حنيفة)** فإن كان المبيع قائماً مقبوضاً رده، وإن كان مستهلكاً أو هالكاً رجع البائع عليه بقيمته إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً، وإن لم يكن مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد: لا يبطل. ثم اختلفوا **(فقال أبو يوسف: عليه قيمتها يوم البيع)** قال في الذخيرة: وعليه الفتوى **(لأنه مضمون به)** أي بالبيع، وهو نظير قوله في المغصوب إذا هلك أن عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب **(وقال محمد: عليه آخر ما تعامل الناس بها)** وهو يوم الانقطاع **(لأنه أوان الانتقال إلى القيمة)** وفي المحيط والتتمّة والحقائق به يفتي رفقاً بالناس **(لهما أن البيع قد صح)** بالإجماع **(إلا أنه تعذر التسليم)** أي تسليم الثمن لانعدام الثمنية **(بالكساد)** والضمير ضمير الشأن **(وأنه)** أي الكساد **(لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب)** شيئاً **(فانقطع)** في **(أوانه)** بأن لا يوجد في الأسواق لا يبطل اتفاقاً وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هنا **(ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد)** لأن مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش **(بالاصطلاح)** لا بالخلقة **(وما بقي)** الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية **(فبقي بيعاً بلا ثمن)** بخلاف النقدين فإن ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح، كمالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة. لا يقال: فلتصر مبيعة إذا انتفت ثمنيتها. لأنا نقول: تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز إلا في

ووجه ذلك أن صرف الجنس إلى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفاً **(واشتراط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين. وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر)** وهذا يشير إلى أن الاستهلاك إنما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله **(ومشايخنا)** يريد به علماء ما وراء النهر **(لم يفتوا بجواز ذلك)** يعني التفاضل **(في العدالى والغطارفة)** أي الدراهم الغطرفية وهي المنسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، وقيل هو خال هارون الرشيد **(لأنها أعز الأموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيه)** أي لو أفتي بإباحته **(تدرجوا إلى الفضة والذهب بالقياس)** ثم المعتبر في المعاملات بها المعتاد **(فإن كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن، وإن كانت تروج بالعدّ فهما فيها بالعد، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن**

قوله: **(يستقيم على قول محمد)** أقول: محمد لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل.

رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعاً بلا ثمن فيبطل؛ وإذ أبطل البيع يجب ردّ المبيع إن كان قائماً وقيمته إن كان هالكاً كما في البيع الفاسد.

السلم. واعترض في بعض الحواشي بأن انتفاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين، إلا أن المجيب نظر إلى أن صورة المسألة أنه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها، وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة إذا كسدت قبل القبض، وليس في صورة المسألة أحضر الدراهم وأشار إليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالأثمان، وهذا لأن الفرض أن البيع وقع حال رواجها أثماناً وإنما كسدت بعده قبل القبض، فلم ينتبه هذا المعترض لصورة المسألة فلم يثبت لزوم كونه بيعاً بلا ثمن، ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلاد، فلو كسد في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أبي حنيفة لأنها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار إن شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وإن شاء أخذ قيمته دنانير. قالوا: وما ذكر في العيون على قول محمد، وأما على قولهما فلا. وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين. عندهما يجوز اعتباراً لاصطلاح بعض الناس. وعند محمد لا يجوز اعتبار لاصطلاح الكل، فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً، وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع، والفلوس النافقة إذا كسدت كذلك هذا إذا كسدت أو انقطعت، فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالإجماع ولا يتخير البائع، وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع. والجواب عن البيع بالرطب أن الرطب مرجوّ الوصول في العام الثاني غالباً فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها، بخلاف الكساد فإنه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن خاص يرجى فيها

منصوصاً عليها، **ثم هي ما دامت تروج تكون أثماناً لا تتعين بالتعيين)** فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله **(وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعيين بالتعين)** كالرصاص والستوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم، وإن لم يعلما أو لم يعلم أحدهما أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار إليه **(وإن كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفاً)** إن علم البائع خاصة لأنه رضي بجنس الزيوف، وإن لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف. وإذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لم يبطل وعليه قيمتها، لكن عند أبي يوسف قيمته يوم البيع، وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها، والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها، ولم يذكر أنه في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد. ونقل عن عيون المسائل أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان لأنه حينئذ يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن، وأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يهلك لكنه تعيب، فكان للبائع الخيار إن شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع لعيه البيع وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير. قالوا: وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد، وأما على قولهما فلا يستقيم، وينبغي أن يكتفي بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين. عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس، وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل، فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً **(لهما أن العقد قد صح)** لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي **(إلا أنه تعذر التسليم بالكساد)**، وذلك لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع، وإذا بقي العقد قال أبو يوسف: وجب القيمة يوم البيع لأنه مضمون بالبيع، وقال محمد: قيمته يوم الانقطاع: أي الكساد لأنه انتقل الحق منه إلى

قوله: **(لأنا نقول، إلى قوله: فكذا هذا)** أقول: ولا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العصير وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الأول دون الثاني مع أن كليهما مرجو الوصول إلى العام الثاني.

قال: **(ويجوز البيع بالفلوس)** لأنها مال معلوم، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تتعين لأنها أثمان بالاصطلاح، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها **(وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما)** وهو نظير الاختلاف الذي بيناه **(ولو استقرض فلوساً نافقة**

بل الظاهر عدم العود لأن الأصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية، والشيء إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه. وفي الخلاصة عن المحيط: دلال باع متاع الغير بغير إذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع لا يفسد البيع لأن حق القبض له قوله: **(ويجوز البيع بالفلوس)** لأنها نوع من أنواع المال **(فإن كانت نافقة جاز البيع وإن لم تتعين)** بل لو عينت لا تتعين وللعاقد أن يدفع غير ما عين **(لأنها)** حينئذ **(أثمان)** كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز، ولو استبدل بها جاز، ولو باع فلساً بفلسين يجوز على ما سلف في باب الربا؛ ولو باع فلساً بغير عينه بفلسين بأعيانهما لا يجوز لأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعاً لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا، وإن كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصحا لعقد عليها ما لم تتعين **(وإذا باع الفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وهو نظير الاختلاف الذي بيناه)** أي في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما، ثم تجب قيمتها يوم البيع عند أبي يوسف، وعند محمد يوم الانقطاع، هكذا ذكر القدوري الخلاف. والذي في الأصل وشرح الطحاوي والأسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله. استدل بما تقدم من انقطاع الرطب المشترى به وإباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمير العصير المشترى قبل التسليم لا يبطل العقد فيها. وأجيب بما تقدم في الرطب. وأما العبد فماليته لم تبطل بالإباق بل هو مال باق حيث هو، وإنما عرض العجز عن التسليم وكذا بالتخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعاً، بخلاف الكساد لهلاك الثمن به، إلا أن الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري، إذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس إذ كل منهما سلعة بحسب الأصل ثمن بالاصطلاح، فإن غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلاً، فلو لم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به. وفي شرح الطحاوي: لو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع لأنهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه، فإن كسدت الفلوس بعد ذلك فإنه ينظر إن كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لأن كسادها كهلاكها.

القيمة في ذلك اليوم. ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لأن الدراهم التي غلب غشها إنما جعلت ثمناً بالاصطلاح، فإذ ترك الناس المعاملة بها بطل، وإذا بطل الثمنية بقي بيعاً بلا ثمن وهو باطل لا يقال: العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم. لأنا نقول: إن العقد تناولها بصفة الثمنية لأنها ما دامت رائجة فهي تثبت ديناً في الذمة، وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية، وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الأعيان؛ ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا. والجواب عن الرطب أن الرطب مرجوّ الحصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هالكاً من كل وجه فلم يبطل، لكنه يتخير بين الفسخ والصبر إلى أن يحصل. أما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب عليها غشها فهلاك الثمنية على وجه لا يرجى الوصول إلى ثمنيتها في ثاني الحال لأن الكساد أصلي والشيء إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه، وإذا بطل البيع فإن لم يكن المبيع مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً، وإن كان مقبوضاً فإن كان قائماً وجب رده بعينه؛ وإن كان هالكاً أو مستهلكاً، فإن كان مثلياً وجب رد مثله، وإن كان قيمياً وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد، هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدي الناس كذلك وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وإن كان صدّر البحث بالكساد. وأما إذا غلبت بازدياد القيمة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع. قال: **(ويجوز البيع بالفلوس الخ)** البيع بالفلوس جائز لأنه مال معلوم: أي معلوم قدره ووصفه. وإنما قال كذلك إشارة إلى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة إليه، ثم إنها إما أن تكون نافقة أو كاسدة حالة العقد، فإن كان الأول جاز البيع وإن لم تعين لأنها أثمان بالاصطلاح، فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وإن هلك ذلك لم ينفسخ العقد، وإن كان الثاني فلا بد لجواز

فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لأنه إعارة، وموجبه ردّ العين معنى والثمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به. وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها، كما إذا

وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع، وإن كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحساناً لأن كساد الفلوس كهلاكها، وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد، والقياس أن لا يبطل لأنه قادر على أداء ما وقع العقد عليه. وقال بعض مشايخنا: إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسخاً لأن كسادها كعيب فيها والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار والأول أظهر. ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها. وله أن يستردّ نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيئاً بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع، وعليه أن يردّ المبيع إن كان قائماً أو القيمة أو مثله، وهذا معلوم مما ذكرنا إلا أن أبا يوسف قال في هذا إن عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع، وفرّق بين هذا وبين المسألة الأولى وهي ما إذا باع الفلوس بدرهم لأن هناك لو أوجبنا ردّ قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وهاهنا لا يتمكن. وفي المسألتين جميعاً إذا لم تكسد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذي عينه منها قوله: **(ولو استقرض فلوساً فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يردّ مثلها)** عدداً اتفقت الروايات عنه بذلك، وأما إذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف في قياس قول أبي حنيفة: عليه مثلها، ولست أروي ذلك عنه، ولكن لرواية في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت. وقال أبو يوسف: عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم، وقال محمد: عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها. وجه قوله **(أنه)** أي القرض **(إعارة وموجبه)** أي موجب عقد الإعارة **(ردّ العين)** إذ لو كان استبدالاً حقيقة موجباً لرد المثل استلزم الربا للنسيئة فكان موجباً رد العين إلا أن ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين؛ فبالضرورة اكتفى برد العين معنى وذلك بردّ المثل، ولذا يجبر المغصوب منه على قبول المثل إذا أتى به الغاصب في غصب المثلى بلا انقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكاسد **(والثمنية فضل في**

البيع بها من التعيين لأنها سلع. وإذ باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أبي حنيف بطل البيع خلافاً لهما. قال الشارحون: هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالفاً لما في المبسوط والأسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة. وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف إلا ما نقل عن الأسرار وهو ما قيل فيه: إذا اشترى شيئاً بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا، وقال زفر لا يبطل لأنه ليس تحت الكساد إلا العجز عن تسليمه، والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو أبق العبد وكما لو أسلم في الرطب فانقطع أوانه، وهذا بظاهر قوله عندنا وإن دل على الاتفاق، لكن الدليل مفسداً هاهنا يفضي إلى التحكم إلا إذا ظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق ولم أظفر بذلك. قال رحمه الله: **(ولو استقرض فلوساً فكسدت)** إذا استقرض فلوساً فكسدت يجب عليه ردّ مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله **(لأنه)** أي استقراض المثلى **(إعارة)** كما أن إعارته قرض **(وموجب استقراض المثلى ردّ عينه معنى)** وبالنظر إلى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة، لكن لما كان قرضاً والانتفاع به إنما يكون بإتلاف عينه فات ردّ عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة، لأنه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهو لا يجوز. فإن قيل: كيف

قال المصنف: **(لأنه إعارة)** أقول: الظاهر أن يقال لأنه استعارة قوله: **(لأنه أي استقراض المثلى)** أقول: والأولى عندي إرجاع الضمير إلى الاستقراض مطلقاً، فإنه إعارة على ما سبق قبيل باب الربا أو إلى استقراض الفلوس قوله: **(إعارة كما أن إعارته قرض)** أقول: قوله إعارة: يعني ابتداء كما سيجيء تفصيل هذا البحث في العارية قوله: **(وموجب استقراض المثلى الخ)** أقول: وعندي أن ما ذكره المصنف قياس من الشكل الأول. تقريره لأن الاستقراض إعارة لا يمكن الانتفاع به إلا بإهلاك عينه، وكل إعارة كذلك موجبها رد العين معنى، فهذا كذا إلا أنه لم يصرح بهذا القيد في الصغرى اعتماد على فهم الناظرين، أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سواء الارتباط.

استقرض مثلياً فانقطع، لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض، وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل، وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع، وقول محمد رحمه الله أنظر للجانبين، وقول أبي يوسف أيسر.

القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد، وكذا يجوز استقراض كل مثلي وعددي متقارب ولا ثمنية **(ولهما أنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردّها كما قبضها فيجب رد قيمتها)** وهذا لأن القرض وإن لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضي سقوط اعتبارها إذا كان المقبوض قرضاً موصوفاً بها لأن الأوصاف معتبرة في الديون لأنها تعرف بها، بخلاف الأعيان المشار إليها وصفها لغو لأنها تعرف بذواتها وتأخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما **(ثم أصل الاختلاف)** في وقت الضمان اختلافهما **(فيمن غصب مثلياً فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب، وعند محمد يوم القضاء)** وقولهما أنظر للمقرض من قول أبي حنيفة لأن في ردّ المثل إضراراً به، ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضاً من قول محمد لأن قيمته يوم الفرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع **(فكان قول محمد أنظر)** للمستقرض من قول أبي يوسف **(وقول أبي يوسف أيسر)** لأن القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فإنه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر في ذلك قوله: **(ومن اشترى شيئاً بنصف درهم)** فاكهة أو غيرها بأن قال مثلاً لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس فقال بعتك **(انعقد موجباً لدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة، وكذا إذا قال بدانق من الفلوس)** وهو سدس درهم **(أو بقيراط)** وهو نصف السدس **(وقال زفر رحمه الله: لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدّ لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها)** وإلا فالثمن مجهول، ولأن العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط إيفاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة. فإن المعنى أنه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوساً وهو أن يبيعه بالدانق فلوساً، ونحن نقول: إن ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس، لأنه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العدّ بخصوصه، وإذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لأن الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم **(ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند**

يكون المثلي بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وإنما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقاً. أجاب المصنف رحمه الله **(بأن الثمنية فضل)** فيه أي في القرض إذ القرض لا يخبص به: أي بمعنى الثمنية، ومعناه أن الثمنية ليست عين الفرض وهو ظاهر ولا لازماً من لوازمه فجاز أن ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الأمثال؛ ألا ترى أن الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون أو عددي متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الأمثال، بخلاف البيع لأن دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد. وتحقيقه أن المثل المجرد عن الثمنية أقرب إلى العين من القيمة فلا يصار إليها ما دام ممكناً **(وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض)** وليس المثل المجرد عنها في معناها **(فيجب رد قيمتها كما إذ استقرض مثلياً فانقطع، لكن عند أبي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكسد على ما مر من قبل، وأصل الاختلاف)** يعني بين أبي يوسف ومحمد رحمها الله **(فيمن غصب مثلياً فانقطع)** فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجيء وقوله: **(محمد رحمه الله أنظر)** للمقرض وللمستقرض لأن على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب ردّ المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض، وعلى قول أبي يوسف تجب القيمة يوم القبض، ولا شك أن قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين **(وقول أبي يوسف أيسر)** لأن قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس، وقيمة

قال المصنف: **(وقول محمد أنظر)** أقول: قال الكافي: في بعض النسخ: أنظر للجانبين اهـ. والظاهر أن كونه أنظر لجانب المقرض بالنسبة إلى قول أبي يوسف.

قال: **(ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس)** وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز. وقال زفر: لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها، ونحن نقول: ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد. ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس. وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم. قالوا: وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لا سيما في ديارنا.

أبي يوسف وعند محمد لا يجوز إلا فيما دون الدرهم، لأن المبايعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوماً بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم. قالوا: وقول أبي يوسف أصح ولا سيما في ديارنا) أي المدن التي وراء النهر فإنهم يشترون الفلوس بالدراهم، ولأن المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحاً للعلم بأنه المراد، ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدراهم فضلاً عن الدرهم، ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه، وفي بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب قوله: **(ومن أعطى صيرفياً درهماً فقال أعطني بنصفه)** أو ربعه أو قيراطاً منه **(فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة)** وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم إلا حبة وقس الباقي **(جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي)** من النصف الآخر أو الثلاثة الأرباع وباقي الصور **(لأن بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف)** درهم **(إلا حبة ربا فلا يجوز، وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قويّ)** مقارن للعقد **(فيشيع وقد مر نظيره)** يعني في باب البيع الفاسد في مسألة الجمع بين العبد والحرّ إذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقاً، وإذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع **(فلو كرّر لفظ الإعطاء)** بأن قال أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبة **(كان جوابه كجوابهما)** في أن الفساد يخص النصف الآخر **(لأنهما بيعان)** لتعدد الصفقة، وهذا هو المختار خلافاً لما حكى عن الشيخ أبي جعفر وشيخ الإسلام والمظفر أنه لا يجوز وإن كرّر لفظ الإعطاء لأن تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهو الإيجاب ولفظ أعطني مساومة،

يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله أيسر. قال: **(ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز الخ)** رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس: يعني أن ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة، وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس، وكذ إذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بقيراط فلوس. وقال زفر: لا يجوز لأنه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم دانق وقيراط منه موزونة، وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولاً وهو مانع عن الجواز. وقلنا: فرض المسألة فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوماً من حيث العدّ فكان مغنياً عن ذكر العدد، وإذا زاد على الدرهم جوّزه أبو يوسف بناء على كونه معلوماً، وفصل محمد رحمه الله بين ما دون الدرهم وما فوقه، فجوّز فيما دون الدرهم خاصة لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوماً بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم. قالوا: والأصح قول أبي يوسف لا سيما في ديارنا على عدم المنازعة لكونه معلوماً ولاشتراك العرف. قال رحمه الله: **(ومن أعطى صيرفياً درهماً الخ)** هذه ثلاث مسائل: الأولى أن يعطي درهماً كبيراً ويقول أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً؛ أي درهماً صغيراً وزنه نصف درهم كبير إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لأنه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف إلا حبة وهو ربا فلا يجوز، وعلى هذا قياس قول أبي

قوله: **(وهو ضرر بالمستقرض)** أقول: يعني وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شيء ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته مثل يوم القبض، ثم قوله وهو ضرر أي وجوب القيمة يوم القبض ضرر قوله: **(بنصف درهم فلوس)** أقول: قوله فلوس صفة درهم أو بدل قوله: **(أو بقيراط فلوس)** أقول: وهو نصف السدس قوله: **(وإذا زاد على الدرهم)** أقول: الأظهر أن يقال: على ما دون الدرهم قوله: **(وفصل محمد رحمه الله)** أقول: في غير ظاهر الرواية عنه.

قال: **(ومن أعطى صيرفياً درهماً وقال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما)** لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز **(وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل)** لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره، ولو كرّر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما بيعان **(ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة جاز)** لأنه قابل الدرهم

وإذا كان قوله بعني بكذا ليس إيجاباً، حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الأول قبلت فأعطني وليس من مادة البيع أولى، وحينئذ لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الأولى. وجه المختار أن ذلك صار معلوم المراد أنه إيجاب، وعلى هذا فلو تعورف في مثله صح أيضاً إلا أنهم لم يذكروه، أو أن الكلام فيما إذا دفع إليه المخاطب قبل الافتراق فإنه يجعل بيعاً في النصفين بالمعاطاة فيهما، والله أعلم **(ولو قال)** حين دفع إليه الدرهم الكبير **(أعطني نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة جاز)** فيهما **(لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة ف)**يتحرى للجواز بأن **(يكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس)** نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من الفلوس به كان الحاصل أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم إلا حبة، وما يباع بنصف درهم معلوم أنه يخص بنصف الدرهم فصار كالأول كأنه قال أعطني بنصفه نصف درهم فلوس وبنصفه نصف درهم إلا حبة، وجوابه أن موجب التحري أن المعنى على ذلك التقدير أعطني بهذا الدرهم نصف درهم إلا حبة، وما يباع بنصف درهم فلوس، وهذا يفيد أنه إنما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف درهم إلا حبة بمثله. قال المصنف رحمه الله **(وفي أكثر نسخ المختصر)** يعني القدوري **(ذكر المسألة الثانية)** ولم يذكر الأولى، ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ، ويجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف.

[فروع] تقدم بعضها في ضمن التعليل فربما يغفل عنها. تصارفا جنساً بجنس متساوياً فزاد أحدهما أو حط شيئاً وقبل الآخر التحق بأصل العقد وبطل العقد. وقال أبو يوسف: لا يلتحق فيهما ولا يبطل. وقال محمد: لا يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة. ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لأنه ثمن الصرف، وعند من لا يلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعي وأحمد رحمهما الله لا يشترط لأنها هبة ابتدائية. ولو افترقا لا عن قبضها بطل حصتها من البدل الآخر كأنه باع الكل ثم فسد في البعض لعدم القبض، والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده، ويردّ الذي حط ما حط، وإن كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلاً لأن في تبعيضه ضرراً وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة إذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه. ولو اشترى مصوغاً من فضة بفضة أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيباً له أن يرده بالعيب، فإن رده بقضاء لا بأس به وإن لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد لأنه فسخ وبغير قضاء

حنيفة رحمه الله بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعاً عليه فيشيع، كما إذا جمع بين حرّ وعبد وباعهما صفقة واحدة، وعبارة الكتاب تدل على أنه لا نص عن أبي حنيفة رحمه الله. والثانية أن تكرر لفظ الإعطاء والمسألة بحالها فالحكم أن العقد في حصة الفلوس جائز بالإجماع لأنه عقدان، وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال بعني بنصف هذه الألف عبداً وبنصفها دناً من الخمر، فإن البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرقة السفقة. وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الإمام شيخ الإسلام أن العقد لا يصح هاهنا أيضاً وإن كرد لفظ الإعطاء لاتحاد الصفقة. فإن قوله أعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع، وهذا لأن بذكر المساواة لا ينعقد البيع، فإن من

قوله: **(كما لو قال بعين بنصف الألف عبداً وبنصفها دنا من الخمر)** أقول: الظاهر أن يقال: بعني بنصف هذه الألف عبداً وبعني بنصفها من الخمر، بتكرير لفظ بعني.

بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس. قال رضي الله عنه: وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية، والله تعالى أعلم بالصواب.

يشترط القبض في مجلس الرد، فإن قبض صح الرد وإلا بطل وعاد البيع الأول لأنه بيع في حق الشرع، فإن تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر رجع بأرش العيب إن كان الثمن ذهباً لتعذر الفسخ، وإن كان فضة لا يرجع لأنه يؤدي إلى الربا، فإن قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشتري بعد. ولو اشترى ديناراً بدرهم ولا دينار لهذا ولا درهم للآخر ثم اقترضا وتقابضا قبل التفرق جاز، وفي المكيل لا يجوز. وعن أبي حنيفة رحمه الله: اشترى فلوساً بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد أحدهما وتفرقا جاز، ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه في تقسيم الطحاوي. اشترى سيفاً حليته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائتا درهم قبل التفرق فإن شاء زاد في الثمن مائة أخرى وإن شاء فسخ، والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئاً ليتمحض المائتان للحلية، ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد في الكل، ولو كان ذلك في إبريق فضة يبطل العقد في نصف الإبريق، والله تعالى أعلم.

قال بعني فقال بعتك لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت، وإذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها؟ قيل والأول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رحمه الله. والثالثة أن يقول: أعطني نصف درهم فلوس. وفي بعض النسخ فلوساً بدلاً عن نصف ونصفاً إلا حبة جاز، والفرق بينها وبين الأولى أنه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس وبنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله والباقي بإزاء الفلوس. قال المصنف رحمه الله **(وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية)** أراد قوله أعطني نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا، يريد بذلك أن المسألة الأولى ليست بمذكورة في أكثر نسخ المختصر. قال أبو نصر الأقطع في شرحه للمختصر: وهو غلط من الناسخ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف: **(ولو قال أعطني نصف درهم فلوس)** أقول: قال ابن الهمام: يجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف اهـ. ويجوز على رواية الجر أن يكون صفة للنصف والجر على الجوار.

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الكفالة)

الكفالة: هي الضم لغة، قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ ثم قيل: هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل في الدين، والأول أصح.

كتاب الكفالة

أورد الكفالة عقيب البيوع لأنها غالباً يكون تحققها في الوجود عقيب البيع، فإنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن، أو لا يطمئن المشتري إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله في المبيع وذلك في السلم، فلما كان تحققها في الوجود غالباً بعدها أوردها في التعليم بعدها، ولها مناسبة خاصة بالصرف وهي أنها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الأثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه، ثم لزم تقديم الصرف لأنه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده. ومحاسن الكفالة جليلة وهي: تفريج كرب الطالب الخائف على ماله، والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقرّ جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتنّ الله تعالى بها حيث قال: ﴿وكَفَّلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧] في قراءة التشديد[1] يتضمن الامتنان على مريم، إذ جعل لها من يتوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك، وسمي نبياً بذي الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم. وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه إما تقرباً إلى الله تعالى أو إزالة للأذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه. وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفاً. ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] وقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[2] رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن.

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون في البياعات غالباً، ولأنها إذا كانت بأمر كان فيها معنى المعارضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة **(والكفالة في اللغة: هي الضم. قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾)** أي ضمها إلى نفسه، وقرىء بتشديد الفاء ونصب زكريا: أي جعله كافلاً لها وضامناً لمصالحها **(وفي الشريعة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وقيل**

كتاب الكفالة

قال الإمام السرخسي في مبسوطه في باب القاضي في الكفالة من كتاب الكفالة: لو كتب القاضي بكتاب في كفالة بنفس رجل ولم يبين في كتابه أنه كفل بأمره فإنه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره، وهذا لأنه لما كفل عنه بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لأنه التزم باختياره، فكذلك إذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى.

---

(١) قوله: قراءة التشديد. يعني قوله تعالى: ﴿وكفّلها زكريا﴾ بتشديد الفاء وهي قراءة حفص وهي الشائعة في هذه الأيام. وقرأ غيره بتخفيف الفاء: ﴿وكَفَلَها﴾.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ١٢٦٥ و ٢١٢٠ وابن ماجه ٢٣٩٨ و ٢٤٠٥ والطيالسي ١١٢٨ وأحمد ٥/٢٦٧ والبيهقي ٦/٨٨ والبغوي ٢١٦٢ والطبراني ٧٦١٥ و ٧٦٢١ كلهم من حديث أبي أمامة العارية مؤداة والمنحة مردودة والدّين مقضيٌ والزعيم غارم. هذا السياق لأبي داود، وأحمد وغيرهما.

قال الترمذي: حسن غريب. وقد روي من وجه آخر. قلت: وإسناده حسن هو من رواية إسماعيل بن عباس وروايته عن الشاميين يحتج بها وشيخه شرحبيل بن مسلم شامي فالحديث حسن لأنه في شرحبيل ليناً، لكن توبع، فقد أخرجه الطبراني ٧٦٤٧ من طريق خراش و ٧٦٤٨ من طريق أبي عامر الهوزي كلاهما من حديث أبي أمامة.

وأخرجه أحمد ٥/٢٩٣ عن سعيد المقبري عمن سمع النبي ﷺ وجهالة الصحابي لا تضر. ورجال أحمد ثقات كلهم. فالحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن الصحيح.

. . . .

والإجماع. وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع، فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب، ولا تصح من المريض إلا من الثلث، وفي الدين أن يكون صحيحاً؛ فلا كفالة في بدل الكتابة لأنه ليس ديناً صحيحاً إذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة، بخلاف القياس ليصل العبد إلى العتق وأن يكون مقدور التسليم، وأما مفهومها لغة فقال المصنف: الضم سواء كان متعلقه عيناً أو معنى. قال في المغرب: تركيبه دالّ على الضم والتضمين، ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالحوية يركب عليه، وكفل الشيطان مركبه. وأما في الشرع فما أشار إليه من قوله **(ثم قيل: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، وقيل في الدين، قال: والأول أصح)** فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية؛ فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الأصيل، ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الألف الدين الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين. قال في المبسوط: وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب، لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب. فإن كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر، فكذا هنا يريد باختياره التضمين القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لأنه يتحقق بمرافعة أحدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر، ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز، وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئاً يصح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح. والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين، إنما يمتنع في عين ثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين، ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لأن اعتباره في الذمتين وإن أمكن شرعاً لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم، ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل، وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فإنا جعلناه في حكم الدينين تصحيحاً لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي إلى ذلك. ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فعل يقتضي أن الدين في ذمة الكفيل أيضاً كما هو في ذمة الأصيل إذ فعل الأداء واجب عليه. ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فإن الكفالة كما تكون بالديون تكون بالأعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه، فإن هلك ضمن مثله إن كان له مثل، وبقيمته إن لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها. وإذا هلكت يجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة أو بالإقرار، والأعيان المضمونة بغيرها وهي الأعيان الواجبة التسليم قائمة، وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين، ولو هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها. وأما الأعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بها ومتى هلكت لا تجب على الكفيل قيمتها، بخلاف الأعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلاً. وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية، ولم يجعل أبو يوسف

في الدين، والأول أصح) لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة نفسها كما سيجيء ولأنه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرإ الأصيل صار الدين الواحد دينين، وعورض بما إذا وهب ربّ الدين دينه للكفيل فإنه يصح ويرجع به الكفيل على الأصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قيل الكفالة لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز. وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح

قال: (الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال. فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول

في قوله الأخير القبول ركناً فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي. واختلفوا على قول أبي يوسف؛ فقيل إن الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفاً على إجازة الطالب أو تصح نافذاً وللطالب حق الرد. وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل، وأما حكمها فثبوت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا، وفي رواية عن مالك لا يطالبه إلا إذا تعذر ذلك. وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور: ينتقل الحق إلى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الأصيل أصلاً كما في الحوالة، وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك إلى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه. احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: «أنه ﷺ حضر جنازة فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال عليّ رضي الله عنه: أنا لهما ضامن، فقام ﷺ ثم أقبل على عليّ رضي الله عنه فقال: جزاك الله خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك، فقيل يا رسول الله أله خاصة أم للناس كافة؟ فقال للناس كافة»[1] فدلّ أن المضمون عنه بريء من الضمان، وللعامة قوله ﷺ: «نفس

التصرف وجعلناه في حكم دينين، وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين. قال: **(الكفالة ضربان الخ)** الكفالة ضربان: كفالة بالنفس وكفالة بالمال. فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها إحضار المكفول به. وقال الشافعي: لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه لأنه رقباني مثله لا ينقاد له ليسلمه، ولأنه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعاً. أما إذا كان بغير أمره فظاهر، وأما إذا كان بأمره فلأن أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه، كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه، بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه **(ولنا قوله ﷺ «الزعيم غارم»)** أي الكفيل ضامن. ووجه الاستدلال أنه بإطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها. لا يقال: هو مشترك الإلزام لأنه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل. والكفيل بالنفس لا يغرم شيئاً لأن

(١) باطل. أخرجه الدارقطني ٣/ ٧٨ والبيهقي ٦/ ٧٣ كلاهما من حديث عطية العوفي عن أبي سعيد به سكت عليه الدارقطني!
وقال البيهقي: الحديث يدور على عبيد الله بن الوليد الوصافي، وهو ضعيف جداً.
وقد روي عن علي من وجه آخر بإسناد ضعيف ثمّ أسنده البيهقي عن طريق عطاء بن عجلان، وأعله به حيث قال: ابن عجلان ضعيف، والروايات في تحمل أبي قتادة دين الميت أصح ا هـ.
وأما ابن حجر فذكره في التلخيص ٣/ ٤٧ وقال: رواه الدارقطني، والبيهقي بأسانيد ضعيفة.
قلت: لم يرو إلا من وجهين. الأول مداره على الوصافي وهو واهٍ بمرة كما قال البيهقي، وذكره الذهبي في الميزان ونقل عن النسائي، وعلي الفلاس: أنه متروك. ثم ذكر له مناكير.
وله علة ثانية وهي ضعف شيخه عطية العوفي كما في الميزان وأنه كان يتشيع. والحديث في فضل آل البيت فاشتد ضعفاً فهذه علل ثلاث لحديث أبي سعيد.
وأما حديث علي، فضعفه البيهقي، وأعله بعطاء بن عجلان. وأنه ضعيف. قلت: وقد ترأف البيهقي بحال ابن عجلان هذا وإلا فالصواب أنه متهم بالكذب.
جاء في الميزان ما ملخصه: قال عنه يحيى: ليس بشيء كذاب وقال الفلاس: كذاب، وقال البخاري: منكر الحديث ا هـ. فالحديث باطل هو من مصنع الرافضة والصحيح كون الضامن إنما هو أبو قتادة. فقد أخرج البخاري ٢٢٧٩ و ٢٢٩٥ وأحمد ٤/ ٤٧- ٥٠ والبيهقي ٦/ ٧٢ كلهم من حديث سلمة بن الأكوع قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ فأُتِيَ بجنازة فقالوا: هل عليها فقال: صل عليه دين... وآخره: فقال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله ﷺ وعليّ دينه، فصلى عليه.
وكون الكفيل إنما هو أبو قتادة ورد في أحاديث أخرى. فقد أخرجه الترمذي ١٠٦٩ والنسائي ٤/ ٦٥ والدارمي ٢/ ٢٦٣ وابن ماجه ٢٤٠٧ وعبد الرزاق ١٥٢٥٨ وأحمد ٥/ ٣١١. ٢٩٧ وابن حبان ٣٠٥٨ و ٣٠٥٩ و ٣٠٦٠ من طرق كلهم من حديث أبي قتادة ورجال أصحاب السنن صحيح على شرطهما. وقد قال الترمذي: حسن صحيح. وقد أصاب. وورد من حديث جابر. أخرجه أبو داود ٣٣٤٣ والنسائي ٤/ ٦٥- ٦٦ وعبد الرزاق ١٥٢٥٧ وابن حبان ٣٠٦٤ والبيهقي ٦/ ٧٥ كلهم من حديث جابر ورجال إسناده ثقات كلهم رجال البخاري ومسلم. فهذه الروايات متفقة على كون الضامن إنما هو أبو قتادة وأما كونه علياً فمركب ومزيّف.

به) وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز لأنه كفر بما لا يقدر على تسليمه، إذ لا قدرة له على نفس المكفول به،

المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»[1] وقوله في خبر أبي قتادة: «الآن بردت جلدته»[2] وصلاته ﷺ على المضمون عنه لأنه بالضمان صار وفاء، وإنما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلّف وفاءً، وقوله: «فك الله رهانك»[3] لأنه كان بحال لا يصلى عليه، فلما ضمن عنه فكه عن ذلك. ولا يخفى أنه لم يقع الجواب بعد، فإن الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان عليّ إذ يدل على أن الضمان تم بذلك قوله: **(قال)** أي القدوري **(الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال)** ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالأعيان التي ذكرناها **(والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به)** ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الأظهر عندهم وهو أنها جائزة كقولنا. واستدل لقوله المضعف **(بأنه التزام ما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به)** فكان كبيع الطير في الهواء، وهذا لأنه حرّ لا ينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصاً إذا كفل بغير أمره، وكذا بأمره لأن أمره بكفالته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين **(و)** استدل للمذهب بما أخرجه من قوله ﷺ: **(«الزعيم غارم»)**[4] باعتبار عمومه. وقوله: **(بنوعيه)** أي نوعي عقد الكفالة، واعترض بأنه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم، والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال. وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضره، والغرام اللازم ذكره في المجمل، والكفيل بالنفس يلزمه الإحضار، وقد تثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار إليه المصنف بقوله **(والحاجة إليه ماسة، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة)** وحاصله إلحاقه بجامع عموم الحاجة إليها إحياء للحقوق مع الإيجاب والقبول والشرائط، وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لأن الظاهر أنه ينقاد إذا كان بأمره، وإن كان بلا أمره يمكنه إحضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم. وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلاً. ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنياً على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تأمل. وروي: «أنه ﷺ كفل رجلاً في تهمة»[5] وكان بين عليّ وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفس عليّ رضي الله عنه. واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فإن الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وإن كان تسليم النفس واجباً كتسليمها

الغرم ينبيء عن لزوم ما يضرّ وهو موجود في الكفالة بالنفس لأنه يلزم الكفيل الإحضار وهو يتضرر به **(ولأنه يقدر على**

---

(١) صحيح. أخرجه الترمذي ١٠٧٩ وابن ماجه ٢٤١٣ والدارمي ٢/ ٢٦٢ والطيالسي ٢٣٩٠ وأحمد ٢/ ٤٠٤. ٤٧٥ وابن حبان ٣٠٦١ والبيهقي ٦/ ٧٦ والبغوي ٢١٤٧ كلهم من حديث أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً. وحسنه الترمذي والبغوي، وهو قوي رجال كلهم ثقات رجال البخاري ومسلم.

وأخرجه الترمذي ١٠٧٨ والحاكم ٢/ ٢٦. ٢٧ والبيهقي ٦/ ٧٦ وأحمد ٢/ ٥٠٨ من رواية أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً. وصححه الحاكم على شرطهما وأقره الذهبي وهو كما قالا.

(٢) حسن. أخرجه البيهقي ٦/ ٧٥ وأحمد ٣/ ٣٣٠ والدارقطني ٣/ ٧٩ كلهم من حديث جابر في خبر ضمان أبي قتادة عن الميت وآخره: الآن بَرَّدْتَ عليه جلده اهـ وأما: جلدته. فلم أره في كتب الحديث ولعله تحريف. وإسناده حسن فيه: عبد الله بن محمد بن عقيل. قال في التقريب: صدوق في حديثه لين.

(٣) باطل. هو بعض حديث أبي سعيد المتقدم قبل حديثين.

(٤) تقدم في أول هذا الكتاب. أي: كتاب الكفالة. وإسناده قوي.

(٥) ضعيف. أخرجه البيهقي ٦/ ٧٧ من حديث أبي هريرة قال: إن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة. وقال مرة أخرى: أخذ من متهم كفيلاً تثبتاً. وقال البيهقي: فيه إبراهيم بن خيثم ضعيف.

وقال الذهبي في الميزان: قال الجوزجاني عنه: كان غير مقنع اختلط بآخره. وقال النسائي: متروك. ومنبطه في الميزان فقال: إبراهيم بن خيثم.

تنبيه: فتنبيه ومع ضعف الرواية: أن النبي ﷺ ليس هو الذي كفله وإنما طلب كفيلاً.

بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «زعيم غارم» وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه، ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه، وقد أمكن تحقق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه.

للجواب. والجواب منع عدم صحتها مطلقاً بل المنصوص في الأصل صحة الكفالة بنفس من عليه حدّ القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس. ووجهه أنها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها. وأما حدّ الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التنافي، فإن الحدد يحتال في درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما. وأما الجبر على إعطاء الكفيل فيها ففي الحدود لا يجبر بالإجماع، وفي القصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلأن الكفالة لا تفيد لأن الشاهد عند مطالبة الطالب له بالأداء إما أن يجيب ويحضر أو لا؛ ففي الأول لا حاجة إلى الكفالة، وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه قوله: **(وتنعقد إذا قال تكفلت الخ)** شروع في ذكر الألفاظ التي تثبت بها الكفالة، وهي صريح وكناية، فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعليّ وإليّ ولك عندي هذا الرجل وعليّ أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أو أودعه إليّ، وحميل بالحاء المهملة بمعنى كفيل به، يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع. وروي في الفائق «الحميل ضامن»[1] وأما القبيل فهو أيضاً بمعنى الكفيل، ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع، وهذه الألفاظ توجب لزوم موجب الكفالة إذا أضيفت إلى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مرّ مثل كفلت أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه أو وجهه لأن هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفاً ولغة ومجازاً كهو رأس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق، ولم يذكر محمد رحمه الله ما إذا كفل بعينه. قال البلخي رحمه الله: لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن. والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل، يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك، بخلاف ما لو قال بيده أو رجله ويتأتى في دمه ما تقدم في الطلاق **(وكذا)** إذا أضاف إلى جزء شائع منه ككفلت **(بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق**

تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه. وتقريره أنا لا نسلم أنه لا يقدر على تسليمه **(إذ لا قدرة له على نفس المكفول به)** ممنوع فإن قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي، على أن قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعاً مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلاً له قوله: **(والحاجة ماسة)** استظهار بعد منع الدليل وذلك لأن معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا، والحاجة وهي إحياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز إلا تعنتاً وعناداً. قال: **(وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان الخ)** لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الألفاظ المستعملة فيها، وهي في ذلك على قسمين: قسم يعبر به عن البدن حقيق كقوله تكفلت بنفس فلان أو بجسده أو ببدنه، وقسم يعبر عنه عرفاً كقوله **تكفلت** بوجهه وبرأسه وبرقبته. فإن كلاً منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف، وكذا إذ عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ، فكن ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة إضافته إليه، بخلاف ما إذا قال

قوله: **(مبني على عدم جواز الكفالة)** أقول: فيه أن البناء على ذلك ممنوع، فإن الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالأمر كما مر آنفاً.

قوله: **(وكذا إذا عبر الخ)** أقول: في صحة عطفه تأمل قال المصنف: لأنه لا يعبر بهما عن البدن) أقول: حقيقة ولا عرفاً فلا يرد النقض بمثل قوله تعالى: ﴿تبت يدا أبي لهب﴾.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. والحميل، والكفيل، والزعيم، والقبيل. كلها بمعنىً واحد.

قال: **(وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبرجهه)** لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً على ما مرّ في الطلاق، وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها، بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم تصح **(وكذا إذا قال ضمنته)** لأنه تصريح بموجبه **(أو قال)** هو **(عليّ)** لأنه صيغة الالتزام **(أو قال إليّ)** لأنه في معنى عليّ في هذا المقام، قال عليه الصلاة والسلام **(«ومن ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإليّ»)** **(وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل به)** لأن الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه. والقبيل هو الكفيل، ولهذا سمي الصك قبالة، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة.

الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها) ووجه ضمنت **(بأنه تصريح بموجبه)** لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور **(وعلى صيغة التزام وإليّ في معناه قال ﷺ «من ترك كلاً»)**[1] أي يتيماً **(فإليّ)** لأن العطف يقتضي المغايرة.

وقوله: **(وقد روينا فيه)** اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله ﷺ: «الزعيم غارم»[2]. في الصحيحين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «من ترك مالاً فلورثته ومن ترك كلا فإلينا»[3] وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقداد بن معد يكرب قال: قال رسول الله ﷺ: «من ترك كلا فإليّ، ومن ترك مالاً فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه»[4] ورواه ابن حبان في

تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما، وكذا تنعقد إذا قال ضمنته لأنه صريح بموجب عقد الكفالة، وكذا إذا قال عليّ لأنه صيغة الالتزام، وكذا إذا قال إليّ لأنه في معنى علي، في هذا المقام قال

---

(١) يأتي بعد حديث واحد.

(٢) تقدم قبل قليل وذلك في أول الباب وإسناده قوي.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧٨ و ٥٣٧١ و ٦٧٦٣ ومسلم ١٦١٩ من وجوه عدة وأبو داود ٢٩٥٥ والدارمي ٢/ ٢٦٣ والنسائي ٤/ ٦٦ والترمذي ١٠٧٠ وابن ماجه ٢٤١٥ والطيالسي ٣٣٣٨ وأحمد ٢/ ٢٩٠. ٤٥٣. ٤٥٦ وعبد الرزاق ١٥٢٦١ وابن حبان ٣٠٦٣ والبيهقي ٦/ ٢٠١ ـ ٣٥١ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة رووه بألفاظ متقاربة. وأحد ألفاظه: كان الرجل على عهد رسول الله ﷺ إذا مات وعليه دين سأل: هل له وفاء؟ فإذا قيل: نعم. صلى عليه وإذا قيل: كلاً. قال: صلوا على صاحبكم. فلما فتح الله عليه الفتوح. قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من ترك ديناً فعليّ، ومن ترك مالاً فللوارث. هذا اللفظ للبخاري ومسلم في رواية لهما.

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٢٨٩٩ و ٢٩٠٠ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٨/ ٥١٠ وابن ماجه ٢٦٣٤ و ٢٧٣٨ وسعيد بن منصور ١٧٢ وابن أبي شيبة ١١/ ٢٦٤ وأحمد ٤/ ١٣١. ١٣٣ والطحاوي في المشكل ٤/ ٥ والمعاني ٤/ ٣٩٨ والدارقطني ٤/ ٨٥. ٨٦ وابن حبان ٦٠٣٥ والحاكم ٤/ ٣٤٤ والبيهقي ٦/ ٢١٤ والبغوي ٢٢٢٩ وابن الجارود ٩٦٥ كلهم من حديث المقدام به ومداره على علي بن أبي طلحة عن راشد بن سعد وقال الحاكم: صحيح على شرطهما! ورده الذهبي بقوله: علي بن أبي طلحة قال أحمد: له أشياء منكرات ولم يخرج له البخاري.

قلت: ومع ذلك فعلي بن أبي طلحة من رجال مسلم وهو صدوق وقد توبع فقد أخرجه الطحاوي في المعاني ٤/ ٣٩٧. ٣٩٨ عن يزيد العقيلي عن راشد بن سعد به. لكن يزيد هذا واهٍ كما في التقريب.

وأخرجه أبو داود ٢٩٠١ والبيهقي ٦/ ٢١٤ من طريق يزيد بن حجر عن صالح بن يحيى بن المقدام عن أبيه عن جده. ويزيد مجهول. وصالح مستور وأبوه يحيى بن المقدام ليس الحديث قاله الحافظ في التقريب. وأخرجه ابن حبان ٦٠٣٦ من وجه آخر عن راشد بن سعد عن عبد الرحمن بن عائذ عن المقدام به. وقال ابن حبان: سمع هذا الخبر راشد بن سعد عن أبي عامر الهوزني عن المقدام بن معدي كرب، وسمعه من عبد الرحمن بن عائذ عن المقدام. فالطريقان جميعاً محفوظان.

ومال أيضاً الطحاوي في المشكل ٤/ ٧ إلى تقوية الحديث وأما البيهقي: فأعله به الاضطراب، وتعقبه ابن التركماني بأن ابن حبان صححه. وجاء في العلل ٢/ ٥٠ لابن أبي حاتم قال: قال أبو زرعة: حديث المقدام حسن. وورد نحوه من حديث أبي عبيدة بن الجراح.

أخرجه الترمذي ٢١٠٣ وابن ماجه ٢٧٣٧ والطحاوي ٤/ ٣٩٧ وابن الجارود ٩٦٤ وابن أبي شيبة ١١/ ٢٦٣ وأحمد ١/ ٢٨. ٤٦ والدارقطني ٤/ ٨٤. ٨٥ وابن حبان ٦٠٣٧ والبيهقي ٦/ ٢١٤ من طرق كلهم من حديث أبي أمامة أسعد بن سهل بن حنيف عن أبي عبيدة. فهذا شاهد لحديث المقدام. وإسناده حسن، وقد حسنه الترمذي.

قال: **(فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت)** وفاء بما التزمه، فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه، ولكن لا يحبسه أوّل مرة لعله ما درى لماذا يدعى. ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه، فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق.

صحيحه. وفي لفظ لأبي داود: «وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك ديناً أو ضيعة فإليّ»[1] **(بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته)** لا تثبت به الكفالة **(لأنه التزم المعرفة دون المطالبة)** وكذا بمعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله، ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ. والوجه أن يلزمه لأنه مصدر متعدّ إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم، بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب. وعن نصير قال: سأل ابن محمد ابن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان، قال أبو سليمان: أما في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزمه شيء، وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم. قال الفقيه أبو الليث في النوازل: هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور، والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد، وفي خزانة الواقعات وبه يفتى: أي بظاهر الرواية، لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه، وعلى هذا معاملة الناس. وفي فتاوى النسفي: لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام. وفي الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما إذا قاله منجزاً فلو معلقاً يكون كفالة نحو أن يقول إن لم يؤد فأنا أؤدي، نظيره في النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شيء، ولو قال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج قوله: **(فإن شرط في الكفالة)** أي بالنفس **(تسليم المكفول به في وقت بعينه)** أو يوم **(لزمه إحضاره فيه وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه)** وهذا إذا لم يظهر عجزه عن إحضاره فيه، فإن ظهر لا يحبسه إذ لا فائدة في حبسه، كما إذا مات المكفول به فإن الكفالة تبطل، فإن غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل إلى مدة يمكنه الإحضار فيها، فإن لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس إلى أن يظهر للقاضي تعذر الإحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر إلى وقت القدرة كالإعسار بالدين، وإذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله، ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل؛ فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف؛ فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إليها إلى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه لأن الظاهر شاهد له، وإن لم يكن ذلك فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم

ﷺ: «من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإليّ» والكلّ: اليتيم، والعيال: من يعول: أي ينفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال، وكذا إذا قال أنا زعيم به لأن الزعامة هي الكفالة، وقد روينا فيه أو قبيل لأن القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لأنه التزم المعرفة دون المطالبة. وذكر في المنتقى أنه إذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول أبي يوسف، وعلى هذا معاملة الناس. قال: **(فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه، فإن أحضره برئت ذمته، وإن لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما درى لما يدعي)** فإذا علم ذلك وامتنع، فإما أن يكون لعجز أو مع قدرة، فإن كان الثاني حبسه الحاكم، وإن كان الأول فإما أن يعلم مكانه أولاً، فإن كان الأول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه، فإن مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق، وإن كان الثاني فالطالب إما أن يوافقه على ذلك أو لا، فإن

قال المصنف: **(فإن شرط في الكفالة. إلى قوله. في ذلك الوقت)** أقول: لا قبله كما في الدين المؤجل، فقوله في ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع.

---

(١) هذا اللفظ لأبي داود في رواية، ولابن حبان في روايته الثانية، وهو من حديث المقدام.

قال: (**وكذا إذا ارتدّ والعياذ بالله ولحق بدار الحرب**) وهذا لأنه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر، ولو سلمه قبل ذلك برىء لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كما في الدين المؤجل.

قال: (**وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل من الكفالة**) لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرّة.

قال: (**وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء**) لحصول المقصود، وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار لا على الإحضار فكان التقييد مفيداً (**وإن سلمه في برية لم يبرأ**) لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود، وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه، ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه. وعندهما لا يبرأ لأنه قد

المطالبة. وقيل لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدّق في دعوى ما يسقطها، فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه. وفي بعض النسخ قوله: (**وكذا إذا ارتدّ ولحق بدار الحرب**) يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب إن كان بيننا وبينهم موادعة، فإن لم يكن لا يؤاخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق، وإن كان موتاً فهو حكمي في ماله ليعطي الأقرب إليه، أما حقوق العباد فثابتة على حالها، ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة. للشافعية فيما إذا كانت مسافة القصر وجهان: أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيما دونها، والثاني يسقط إلحاقاً بالغيبة المنقطعة قوله: (**وإذا أحضره وسلمه إليه في مكان يقدر المكفول له على أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر**) من الأمصار (**برىء الكفيل من الكفالة**) سواء قبله الطالب أو لا كالمديون إذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (**وهذا لأنه ما التزم التسليم**) بالكفالة (**إلا مرة**) وقد حصلت. ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر وهو المصر الذي كفل فيه. وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسألة الأخيرة من مسائل التسليم، ووضعها هنا أنسب. وجه قوله إنه يثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته، وهذا لا يكون ظاهراً إلا في مصره لأن شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الأمصار، ولا يفيد التكفيل فائدته المقصودة به، وقولهما أوجه. وفي الفتاوى: القاضي إذا أخذ كفيلاً من المدعى عليه بنفسه فإن الكفيل إذا سلمه إلى القاضي أو إلى رسوله برىء، وإن سلم إلى المدعي لا، وهذا إذا لم يضف الكفالة إلى المدعي، فإن أضاف بأن قال أكفل للمدعي فالجواب على العكس، أما إن عين مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالمذهب أنه إذا سلمه في السوق برىء لأن المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة. وحين اختلف الزمان رأى المشايخ أنه لا يبرأ بذلك لأن البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على إيصاله إلى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعبار الطريق الآن لا يقدرون أو لا يفعلون إن قدروا فكان التقييد مفيداً. وقد روي عن أبي يوسف نصاً وقال: لأن الناس لا يعينونه للإحضار. قيل ويجب أن يفتى بهذا. ولو شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولى غيره فدفعه عند الثاني جاز، ذكره في الخلاصة (**ولو سلمه في برية أو سواد لا يبرأ**) اتفاقاً (**ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير**

كان الأول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال، وإن كان الثاني فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج معها إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع لأن الظاهر شاهد له، وإن لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول قول الكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة إياه. وقال بعضهم: لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه الحاكم إلى أن يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بما يقول، فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت معاينة. قال: (**وإذا أحضره**

قوله: (**وقال بعضهم لا يلتفت إلى قول الكفيل**) أقول: وعمل القضاة اليوم على هذا.

تكون شهوده فيما عينه. ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه.

قال: **(وإذا مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة)** لأنه عجز عن إحضاره، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وما له لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال. ولو مات المكفول له فللوصيّ أن يطالب الكفيل، فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت.

الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه) وفي المنتقى: رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي أن يخرجه حتى يدفعه الكفيل إلى المكفول له ثم يعيده إلى السجن، ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه. وفي العيون: لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه إلى مجلس القاضي فدفعه إليه قال محمد: لا يبرأ لأنه في السجن؛ ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ، ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانياً فدفعه إليه وهو في الحبس، إن كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع، وإن كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ. ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه إليّ فدفعه وهو في الحبس قال محمد: برىء بتسليمه إليه وهو في حبسه. ومفهوم هذا القيد في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب. ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي إليك عن كفالته كان جائزاً أيضاً وبرىء الكفيل. وفي الواقعات: رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره قوله: **(وإذا مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل)** يعني يبرأ **(لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب)** الذي هو إحضار النفس **(بخلاف الكفيل بالمال)** إذا مات فإنه يطالب بأداء ما كفل به لأن ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به الوصي، فإن لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الأصيل: أعني المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره كما في الحياة، ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالاً ولا ترجع ورثته على المكفول عنه إلا بعد حلول الأجل لأن الأجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته إليه. وعن زفر لا يحل بموت الكفيل لأنه مؤجل على الكفيل أيضاً. أما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لأن الكفيل موجود على قدرته، والوصيّ أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك قوله: **(ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه)** أي دفع المطلوب هو (موجب

وسلمه في مكان الخ) إذ أحضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل لأن المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي، فإذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرىء الكفيل لأنه ما التزم التسليم إلا مرة واحد وقد حصل ذلك بما قلنا، وإن كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة. وقال شمس الأئمة السرخسي: المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت. أما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على الإحضار والتقييد بمجلس القاضي مفيد، وإن سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا إذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وإن سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه، وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود. والجواب أن شهوده كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه، فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققاً من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ، وهذا لأن المعتبر تمكنه من أن يحضره مجلس القاضي إما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلاً وقد حصل. وقيل هذا اختلاف عصر وأوان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثاني وقد شهد رسول الله ﷺ لأهله بالصدق فكانت الغلبة لأهل الصلاح والقضاة لا يرغبون إلى الرشوة، وعامل كل

قال: **(ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء)** لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين، ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع، وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه.

التصرف) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوته إلى التنصيص عليه كالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط، والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة، فإذا وجد وجدت وقد وجد، إذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة إلى اشتراطها.

وقوله: **(كما في قضاء الدين)** يعني إذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برىء، وإن لم يقبضه كالغاصب إذا ردّ المغصوب على المالك يبرأ مع أنه جان فهاهنا أولى، والبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري قال الفقيه أبو الليث: إنما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفي حقه لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار قوله: **(ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته)** أي من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي إليك من كفالة فلان **(صح)** عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك. قال شمس الأئمة: لا نعلم فيه خلافاً. قال المصنف **(لأنه)** أي المكفول **(مطالب بالخصومة)** وفي بعض النسخ مطالب بالحضور: يعني إذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطاً ذلك عن نفسه إذا طالبه بمعجل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعاً كالمحيل إذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله **(وكذا إذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه)** يعني إذا قال سلمت إليك نفسه عن الكفيل، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل، ولو سلمه أجنبي لا بأمر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك إلا أن يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ، بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيئاً لا

مصر منقاد لأمر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصر أو في مصر آخر، ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة، فقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعاً للضرر عن الطالب. ولو سلمه في السجن، فإن كان الحابس هو الطالب برىء، وإن كان غيره لم يبرأ لأنه لم يقدر على المحاكمة فيه. وذكر في الواقعات: رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره، ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لأنه حال ما كفل قادر على الإتيان به. قال: **(وإذا مات المكفول به برىء الكفيل من الكفالة بالنفس)** بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو موت أحدهما مسقطاً لها، أما إذا مات المكفول به فلأن الكفيل عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وأما إذا مات الكفيل فلأنه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا محالة. فإن قيل: فليؤدّ الدين من ماله. أجاب بأن ماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب وهو إحضار المكفول به وتسليمه إلى المكفول له لا أصالة وهو ظاهر لأنه لم يلتزم المال، ولا نيابة لأنه لا ينوب عن النفس، بخلاف الكفيل بالمال فإن الكفالة لا تبطل بموته لأن ماله يصلح نائباً، إذ المقصود إيفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حالة الحياة. وإذا مات المكفول له فللوصيّ أن يطالب الكفيل إن كان له وصي، وإن لم يكن فلوارثه أن يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت. قال **(ومن كفل بنفس آخر الخ)** ومن كفل بنفس آخر بالإضافة ولم يقل فإذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه بريء لأنه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب، ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد، والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فإنه يثبت بلا شرط لأنه موجب التصرف، وكحلّ الاستمتاع فإنه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات. وقال في النهاية: لأنه موجب التصرف: أي لأن دفع المكفول به إلى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت بالتصرف بدون ذكرها

قوله: **(فتعارض الموهومان)** أقول: فيه بحث، لأن الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض.

قال: (**فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال**) لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة، وهذا التعليق صحيح، فإذا وجد الشرط لزمه المال (**ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس**) لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما للتوثق. وقال الشافعي: لا تصح هذه الكفالة لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع. ولنا أنه يشبه

يبرأ قوله: (**فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت فهو ضامن**) للألف (**لأن الكفالة بالمال**) في هذا (**معلقة بشرط عدم الموافاة، وهذا تعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة**) المعلقة (**لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل منهما للتوثق**) ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان: أما الأول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (**لأنه**) أي لأن تعليق الكفالة (**تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع**) فكما يجوز تعليق البيع كأن يقول إذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بمائة فقبل الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك. هذا (**ولنا أنه**) أي عقد الكفالة (**يشبه البيع**) في الانتهاء من حيث أن الكفيل بالأمر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (**ويشبه النذر**) ابتداء (**من حيث أنه**) تبرع في الابتداء بـ (**التزام**) المال؛ فبالنظر إلى الشبه الأول فقط لا يصح تعليقه، وبالنظر إلى الثاني فقط يجوز مطلقاً، فإن النذر يصح تعليقه مطلقاً فعملنا بالشبهين (**قلنا إن كان**) التعليق (**بشرط متعارف**) بين الناس أي تعارفوا تعليقها به (**صح عملاً بشبه النذر**) وإن كان بغير متعارف كدخول الدار (**وهبوب الريح ونحوه لا يجوز عملاً بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف**) ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسألة وهي الألف اتفاقي في التصوير، فإن الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا تضره جهالة المكفول به لو قال كفلت

صريحاً، وليس بشيء لأن الكلام في أن البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به إلى المكفول له. قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: إنما أورد هذا النفي الاشتباه لأن تسليم النفس محتاج إليه وقتاً بعد وقت حتى يصل إليه حقه، فلعل الطالب يقول ما لم أستوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل، ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار إذا وجد التسليم، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لأن الكفيل يبرىء نفسه بإيفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه، فلو توقف لربما امتنع عن ذلك إبقاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الإمكان، ولو سلم الأصيل نفسه عن كفالته: أي كفالة الكفيل وقال دفعت إليك نفسي من كفالة فلان برىء الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لأن المكفول به مطالب بالخصومة، وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل إذا طولب به فهو يبرىء نفسه عن ذلك بهذا التسليم، لكن إذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لأن تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين: من جهة نفسه، ومن جهة الكفيل، فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ، وعلى هذا فما ذكر في النهاية من قوله لأنه مطالب بالخصومة: أي لأن المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه إلى الطالب متبرعاً فيه نظر، لأنه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لأن ثمة جهة أخرى كما بينا، ولأنه يستلزم أن يبرأ الكفيل وإن لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما، وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه.

قال: (**وإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا الخ**) رجل قال إن لم أواف بفلان إلى شهر فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال وافاه: أي آتاه من الوفاء، وقيد بقوله لما عليه، وهو مفيد لأنه إن لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافاً لهما، وبقوله وهو ألف وهو غير مفيد لأنه إذا قال فعليّ مالك وعليه ولم يسمّ الكمية جاز لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع، ولهذا لو قال كفلت لك بما أدركك في هذه الجارية التي اشتريتها من ذلك صحت، وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع أنها لم تعلم هل تبلغ النفس

قوله: (**فيه نظر لأنه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ**) أقول: فيه تأمل، ثم إن الضمير في قوله فيه نظر راجع إلى «ما» في قوله فما ذكر في النهاية.

البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام. فقلنا: لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه. ويصح بشرط متعارف عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف.

لك بمالك عليه صح، ومهما ثبت بالبينة أنه عليه لزمه. وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فإنما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق. وأما ثبوت صحتهما فللمقتضي وهو الكفالة بالنفس أوّلاً ثم الكفالة بالمال ثانياً معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددتا الموجب لأن موجب تلك تسليم النفس وموجب الأخرى تسليم المال وليس إسقاط أحدهما مسقطاً للآخر لجواز أن يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذي كفل به معلقاً، وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البدل إلا لو كانت العبارة كفلت بنفسه، على أني إن لم أواف به إلى كذا كنت كفيلاً بما عليه بدل نفسه، ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزاً بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان. ولا يخفى حينئذ أنه لو كانت المعلقة بما له عليه بأن كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه إذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ، ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه إليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره إلى القاضي لينصب وكيلاً فيسلمه إليه، وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري إلى القاضي لينصب وكيلاً عن الغائب ويرد عليه. قال الفقيه أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا، وإنما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف. ولو فعله القاضي فهو حسن، ذكره في الخلاصة، وفيها كفيل بنفس رجل على أنه إن لم يواف بعه غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول. وهنا ثلاث مسائل: إحداهما أن يكون الطالب والمطلوب واحداً أوا ثنين، وإن كان الطالب واحداً والمطلوب اثنين اثنين فهو المختلف فيه، ولو كفل بنفسه إلى غد فإن لم يواف به غدا في المجلس مثلاً فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب إن لم تواف غداً لتقبضه مني فأنا بريء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم تواف أنت لم يصدق واحد منهما، فلو أقام المطلوب بينة على الموافاة بريء من الكفالتين، وكلما كفل على أنه إن لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا

أو لا. ثم الحكم في هذه المسألة شيئان: أحدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله. والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند أداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط. والدليل على الأول قوله لأن الكفالة بالمال: يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة، وهو ظاهر لتصريحه بذكر كلمة الشرط، وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لأنه شرط متعارف، وسنذكر أن تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح، فإذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال. وعلى الثاني قوله لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه، وتقريره أن الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له لا تبطل إلا بما ينافيها من التسليم أو إبراء أو موت. وليست الكفالة بالمال منافية لهما لاجتماعهما، ولأن كلاً منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وإبطالها يفضي إلى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع. وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلاً عن الكفالة بالنفس، ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة. وأجيب بأن بدليتها ممنوعة، فإن كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر ككفالة بالنفس بعد مثلها وبأن اجتماعهما صحيح والوفاء بهما إذ ذاك واجب، بخلاف خصال الكفار على الصحيح. وقال الشافعي: هذه الكفالة: أي المعلقة بالشرط لا تصح لأنه أي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الأصيل إذا كان بأمره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر في البيع لا يجوز فكذا هاهنا. والجواب أنا لا نسلم أن فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لأن

(قال المصنف: ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر الخ) أقول: تعليق النذر بالشرط صحيح. قال في البدائع: إذا قال إن كلمت فلاناً فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلاناً وجب عليه أن يتصدق بها انتهى.

قال: **(ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال، فإن مات المكفول عنه ضمن المال)** لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة.

يصدق، ولو كفل بنفسه وقال فإن غاب فلم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة قوله: **(ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال، فإن مات المكفول عنه)** يعني بعد الغد **(ضمن المال)** للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به إن كانت الكفالة بإذنه. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب المال إذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو أبرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت. أجيب بالفرق بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه، بخلاف الانفساخ بالموت إنما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر إذ لا ضرورة إلى تعديها إلى الكفالة بالمال. وأما جواب المحبوبي والمبسوط بأن تصحيحها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل بالمال للحال ثم علق إبراءه بعدم الموافاة. فخروج عن الظاهر احتياطاً لإيجاب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة، ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضيخان؛ فيثبت الفرق بين مسألة الجامع والقدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف. والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة إذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان، وإنما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل، بخلاف موت المكفول عنه لأنه غلب عن ذلك بأمر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه، وإلا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفة حكم هذه، إذ قد عرف أن المدار وجود الشرط، ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه، هذا إذا مات المكفول به، فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال ديناً في تركته إذا مضى الوقت؟ قال ظهير الدين: في الأصل إشارة إلى أنه يجب فإنه قال: إن وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال، وإن أبى القبول يجبر عليه لأن لهم حقاً في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة قوله: **(ومن ادعى على آخر الخ)** صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة: في رجل لزم رجلاً وادعى عليه مائة دينار فبينها أو لم يبينها أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه وأنا كفيل بنفسه إلى غد فإن لم أوافك به غداً فعليّ مائة دينار فرضي بذلك فلم يواف به غداً، قال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعاً إذا ادعى ذلك صاحب الحق أنه له، وهذا قول أبي يوسف، وقال محمد: إن ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار أو ادعاها بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه. وأراد

الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال. سلمناه، ولكن أشبه البيع مطلقاً أو من وجه، والأول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لأنه يشبه البيع من وجه كما مر، ويشبه النذر من حيث الالتزام، فشبه البيع يقتضي أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها، وشبه النذر يقتضي جواز ذلك وإعمال الشبهين أولى، فقلنا: لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه، ويصح بشرط متعارف عملا بهما، والتعليق بعدم الموافاة متعارف فإن الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس. قال: **(ومن كفل بنفس رجل الخ)** ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال، فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة، وهذه مسألة الجامع الصغير، فهي وإن وافقت مسألة القدوري المذكورة في أن كلاً منهما وجب عليه المال بعدم الموافاة بالشرط لكنه عدمها هاهنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بياناً لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره، وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس إذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها ليست مقصودة، ولهذا إذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت إذا سقطت الأولى بالإبراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه، لأن الأولى سقطت بالموت لما تقدم أن الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به وإلا لزم أن يكون ما فرضناه تأكيداً للغير مقصوداً بالذات وذلك خلف باطل. وأجاب الإمام ظهير الدين رحمه الله في فوائده بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له، فبالإبراء تنفسخ الكفالة

قال: **(ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه)** لأنه علق مالاً مطلقاً بخطر؛ ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ما عليه، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب إحضار النفس، وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه، بخلاف ما إذا بين. ولهما أن المال ذكر معرّفاً فينصرف إلى ما عليه، والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية.

بالوجهين ما إذا بينها: أي ذكر أنها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل. والأفيد أن يراد بالوجهين ما إذا ادعى المائة عينها أولاً، وما إذا لم يدع شيئاً حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل. لمحمد وجهان: أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة إذا لم ينسب المائة إلى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك، وعلى هذا الوجه عوّل أبو منصور الماتريدي، وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس. الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لأن صحتها موقوفة على صحة الدعوى **(ولم تصح)** مع جهالة المدعى به **(من غير بيان فلم يجب إحضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لأنه بناء عليه)** وإذا لم تصح الأولى لم تصح الثانية، وعلى هذا الوجه عوّل الكرخي وهو مبطل للكفالتين. قال المصنف **(ولهما أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى)** قبل الحضور إلى مجلس القاضي احتراز عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه **(فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها)** صحة **(الثانية)** ونحن قد أسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعليّ مائة دينار، وكذا ذكر غير واحد، وكذا في المبسوط، فالوجه أن يترك المقدمة الأولى ويقال إنه إذا ظهرت الدعوى بألف ظهر أنه أراد الألف التي سيدعيها حكامنا بأن الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر. وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور

من كل وجه، وبالموت تنفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة، لأن المستحق به تسليم يقع ذريعة إلى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم، ولا ضرورة إلى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لأن عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق، هذا ما ذكره، ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصوداً لأن المؤكد لم يسقط بالنسبة إليه فهو تأكيد كما كان. فإن قيل: إذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع. قلنا: الالتزام منه غير مدفوع، وقد التزم حيث تيقن باحتمال الموت ولم يستثن. فإن قيل: ترك الاستثناء ظناً منه أن بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها. قلنا: دعوى منه على خلاف إطلاق لفظه في إن لم يواف فلا يفيده في إضرار غيره. قال: **(ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ)** ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً. وقال محمد: إن لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة، وذلك لوجهين: أحدهما أن الكفيل علق في كفالته مالاً مطلقاً عن النسبة حيث لم ينسبه إلى ما عليه بأمر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غداً، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها لاحتمال أنه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه، بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه في الحال، وهذا الوجه منسوب إلى الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي، وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وإن بين المال وبه صرح المصنف. والثاني أن الدعوى بلا بيان غير صحيحة، فلم يجب إحضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما ينبني عليها، وهذا

قال: (**ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله**) معناه: لا يجبر عليها عنده، وقالا: يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص لأنه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما في التعزير. بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «لا كفالة في حدّ من غير فصل» ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرىء بالشبهات

الدعوى بذلك القدر، فإذا ظهرت أنه إنما كفل بالألف المدعى به. وفي الخلاصة قال: إذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لا شيء عليّ والطالب يدعي ألفاً والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه، وهذا يقتضي أن الحاصل أن أبا حنيفة وحده. ويستفاد بها أن الألف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وإن كان الكفيل ينكر وجوبه على الأصيل، وسنذكر ما يظهر فيها قوله: (**ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه**) قال المصنف (**معناه لا يجبر**) على إعطاء الكفيل (**عنده، وقالا: يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد**) ولهذا يشترط الدعوى (**وفي القصاص لأنه خالص حق العبد**) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك، وفيه حق الله لإخلاء الأرض عن الفساد، ومعنى الجبر ليس أنه يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته إلا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطي كفيلاً (**بخلاف الحدود الخالصة حقاً لله**) كحدّ الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها لأن قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الأصيل وبعد إقامة البينة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة، بخلاف ما فيه حق العبد فإن حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة بإحضاره. وأورد عليه: ينبغي أن لا يحبس بذلك لأن معنى الاستيثاق فيه أكثر. أجيب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لإثبات الحدّ بل لتهمة الإعارة والفساد تعزيراً، وإذا لم يكفل به ماذا يصنع؟ قال: يلازمه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس، فإن أحضر البينة فيها

منسوب إلى الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي، وهو يقتضي الصحة إذا كان المال معلوماً عند الدعوى. ولهما أن المال ذكره معرفاً لأنه قال: فعليّ المائة فينصرف إلى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة، فكان المال معلوماً والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الأولى. وهذه النكتة في مقابلة النكتة الأولى لمحمد، وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية. وتقريره أن المال إذا لم يكن معلوماً لا بأس بذلك لأن العادة جرت بالإجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعاً لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكأنه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها وبينها في الآخرة، وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعاً، ويكون القول قوله في هذا البيان لأنه يدعي صحة الكفالة. قال: (**ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ**) من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طالب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لإثبات ما يدعي المدعى عليه فامتنع عن إعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف وإسناد الجواز إلى الكفالة مجاز. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقهم وفي القصاص لأنه خالص حق العبد: أي لأن المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب، وليس تفسير الجبر هاهنا الحبس بل الأمر بالملازمة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتغيب، فإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وإن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ويمنعه من الدخول، بخلاف الحدود الخالصة

قوله: (**وفي القصاص لأنه خالص حق العبد**) أقول: معطوف على قوله يجبر في حد القذف.

فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير **(ولو سمحت نفسه به يصح بالإجماع)** لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم.

قال: **(ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي)** لأن الحبس للتهمة هاهنا، والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة: إما العدد أو العدالة، بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا

وإلا خلى سبيله. وروي عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه، ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فإني أحبسه وأخلده في السجن إلى أن يتوب، لأن شرّ هذا على الناس وشرّ الأول على نفسه **(ولأبي حنيفة قوله ﷺ: «لا كفالة في حد»)**[1] رواه البيهقي وقال: تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين، ورواه ابن عدي. في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به. قال: مجهول لا أعلم روي عنه غير بقية، كما يروىٰ عن سائر المجهولين **(ولأن مبنى الكل)** يعني الحدود الخالصة حقاً لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص **(على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرىء بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير)** حيث يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه بنفسه. هذا **(ولو سمحت نفسه)** أي نفس المطلوب **(بإعطاء الكفيل بلا جبر)** يعني في حد القذف والقصاص **(جاز لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه)** وهو تسليم النفس **(لأن تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم)** ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها في الحدود الخالصة حقاً لله لأن تسليم النفس واجب فيها، لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب، ولأنه معارض بوجوب الدرء **(ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي)** أنه عدل لنفي المجهول **(لأن الحبس هنا للتهمة)** لا لاستيفاء الحد **(والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة، إما العدد أو العدالة)** فإذا وقعت التهمة حبس بالنص، وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده «أن

لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وإن طابت نفس الكفيل به سواء أعطاه قبل إقامة البينة أو بعدها. أما قبل إقامتها فلأن أحداً لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا تسمع دعوى أحد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الأصل؛ وبعد إقامة البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة إلى أخذ الكفيل **(ولأبي حنيفة رحمه الله قوله ﷺ: «لا كفالة في حد» من غير فصل)** يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله، قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي ﷺ. ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح. وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي: روي هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ **(ولأن مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل)** فإن قيل: حبس بإقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل. أجيب بأن الحبس للتهمة على ما يذكر لا للاستيثاق **(بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرىء بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير)** فإنه محض حق العبد يسقط بإسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه كما في الأموال **(ولو سمحت نفسه)** أي لو تبرع المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص **(وحدّ القذف صح بالإجماع لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم)** وألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين. قال: **(ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ)** لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه، وفي بعض النسخ فيهما: أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو

---

(١) منكر. أخرجه البيهقي ٦/٧٧ وابن عدي في الكامل ٥/٢٢ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وقال البيهقي: تفرد به بقية بن الوليد عن عمر الكلاعي. والكلاعي من مشايخ بقية المجهولين، ورواياته منكرة. وقال ابن عدي: لا أعلم روىٰ عنه غير بقية كما يروي عن سائر المجهولين، وأحاديثه منكرة، وغير محفوظة.

وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/٥٩ وذكر كلامهما ووافقهما. فالحديث ولو كان شيخ بقية معروف لكان خبره ضعيفاً لكونه مدلساً وقد رواه عنعنة، فكيف وشيخ بقية مجهول، وصاحب مناكير.

يثبت إلا بحجة كاملة. وذكر في كتاب أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة.

رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة»[1]، وقدمنا تخريجه والكلام فيه في الحدود **(بخلاف الأموال لأن الحبس أقصى عقوبة فيه)** أي في المال فإنه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الإيفاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها. أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل، والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحدّ والقصاص. وفي الصحاح والمغرب: التهمة بالتحريك، وأصل التائي فيه واو من وهمت الشيء أهمه وهماً من باب ضرب: أي وقع في خلدي، والوهم ما يقع في القلب من الخاطر، واتهمت فلاناً بكذا والاسم التهمة بالتحريك أصله أو تهمت كما في اتكلت أصله أو اتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم أبدلت منها وأدغمت في تاء الافتعال. قال المصنف **(وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة)** إذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان: في رواية يحبس ولا يكفل، وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما. ويجمع بينهما بأن المراد بالأولى يحبس إن لم يقدر على كفيل، وبالثانية يكفل بلا حبس إن قدر على الكفيل، ولا يخفى أن المراد بالحدود حدّ القذف والقصاص قوله: **(والرهن والكفالة جائزان في الخراج)** لأن الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه، والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن **(فأمكن ترتيب موجب العقد)** أي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به. وظهر بما قررناه أن قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لفّ ونشر، فالمطالبة ترجع إلى الكفالة والاستيفاء يرجع إلى الرهن. وإنما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لأن الخراج في حكم الصّلات ووجوبه لحق الشرع كالزكاة، لكن لما كان ملزوماً للوازم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران، بخلاف دين الزكاة فإنه وإن كان مطالب من العباد وهو الإمام في الأموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فإنه ليس حقيقة الدين، لأن حاصله إيجاب تمليك طائفة من المال شكراً لله على نعمة الغني، ولذا لا يؤخذ من تركته جبراً للورثة عندنا، ولم يخلص كونه له مطالب

شاهد عدل يعرفه، أي يعرف الحاكم كونه عدلاً لأن الحبس هاهنا للتهمة: أي لتهمة الفساد لا لإثبات المدعي لأنه يحتاج إلى حجة كاملة، والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة، لأن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت بأحد شطريها. وقد روي: «أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة» بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة. وحاصل الفرق أن ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كما في الأموال إذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الإيفاء لا يحبس فسه إلا بحجة كاملة، وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فإن الأقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة. ولقائل أن يقول: الحبس للتهمة قبل

قوله: **(قيل هذا إلى قوله مرفوعاً)** أقول: القائل هو الإتقاني، وقال في شرحه: ولنا في دفعه نظر قوله: **(بخلاف الحقوق لأنها لا تندرىء بالشبهات)** أقول: تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل قوله: **(أي لتهمة الفساد لا لإتيان المدعي)** أقول: الأظهر لا لثبوت.

قوله: **(ينافي الدرء)** لا نسلم ذلك، وإنما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيثاق كما في التكفيل، وليس كذلك بل الحبس يكون للتقرير وما نحن بصدده كذلك، وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للموضوعات الأصلية فلا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتماله على ما لا يخفى فليتأمل قوله: **(ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء)** أقول: فحينئذ يكون الاتهام أكثر فليتأمل.

---

(١) تقدم في الحدود أخرجه أبو داود ٣٦٣٠ والحاكم ٤/ ١٠٢ وأحمد ٥/ ٢ والبيهقي ٦/ ٥٣ من حديث بهز بن حكيم بن معاوية عن أبيه عن جده صححه الحاكم، وأقره الذهبي والصواب أنه حسن كما هو المعروف في سلسلة بهز بن حكيم عن أبيه عن جده. وهو معاوية بن حيدة.

قال: **(والرهن والكفالة جائزان في الخراج)** لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما.

من العباد عن شبهة عدم ذلك، فإن المالك للعين يتحقق مطالباً من جهة العباد حقيقة، بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالباً للمالك، فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير، ومطالبة الإمام ليس لإيصال المستحقين إلى أملاكهم بل إلى ما يستحقون لا بطريق الملك، بخلاف سائر الديون فإنها مملوكات قوله: **(ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر)** بنفسه جاز **(وهما كفيلان)** بالنفس **(لأن موجبه التزام المطالبة)** وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق.

ثم إذا أسلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالإجماع، بخلاف الكفالة بالمال إن كفلوا معاً طولب كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل. مثلاً: كفل ثلاثة معاً بألف لا يطالب أحدهم إلا بثلثها، ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالألف، وأيهم قضى سقطت عن الباقين قوله: **(وأما الكفالة بالمال)** هو عديل قوله أول الباب: الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال من حيث المعنى، فإن المعادلة الصريحة لو قال أما الكفالة بالنفس وهو إنما قال فالكفالة بالنفس الخ، والكفالة بالمال عندنا جائزة وإن كان المال المكفول به مجهول المقدار، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم. وقال في الجديد هو وابن أبي ليلى والليث وابن المنذر: لا تجوز بالمجهول لأنه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال، والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالي بما التزم في

ثبوت المدعي بالحجة ينافي الدرء بالشبهات، والدرء ثابت بقوله ﷺ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» وبالإجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة. ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالتهاون فيه، وبيانه أن الدرء مأمور به والترك والتهاون حرام لإفضائه إلى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه، فإذا وجه أحد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته، والإيفاء من أمثاله مأمور به فيحبس بأحد شطري الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعاً للتهمة عن الحاكم، والحبس من النبي ﷺ في ذلك وقع تعليماً للجواز حيث لم يكن النبي ﷺ ممن يتهم بذلك، ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء، والله أعلم بالصواب. وذكر في كتاب أدب القاضي: لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغني عن الحبس. وقيل معنى كلامه أن في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين: في رواية يحبس ولا يكفل، وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق بأحدهما، وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة. قال: **(والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ)** أورد هذه المسألة هاهنا دفعاً لما عسى يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فإن صحة الكفالة تقتضي ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك، ألا ترى أنه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلازم من عليه لأجله فصحت الكفالة عنه، وإنما قيل مطلقاً يعني في الحياة والممات احترازاً عن الزكاة فإنها يطالب بها، أما في الأموال الظاهرة فالمطالب هو الإمام، وأما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الإمام، والكفالة بها لا تجوز لأنها غير مطالب بها بعد الموت، وما كان الرهن توثيقاً كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة، فقوله: **(لأنه دين مطالب به)** إشارة إلى صحة الكفالة، فإن كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة، والممات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لأجله فيه. وقوله: **(ممكن الاستيفاء)** إشارة إلى صحة الرهن فإنها تعتمد إمكان الاستيفاء لكونه توثيقاً بجانب الاستيفاء فيترتب موجب

قوله: **(وقيل معنى كلامه)** أقول: القائل هو الكاكي قوله: **(أورد هذه المسألة هاهنا الخ)** أقول: أنت خبير بأنه لا يدل على وجه إيرادها في أثناء مسائل الكفالة بالنفس، وهل المهم بيانه إلا ذلك، ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وإن كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والأمر هين **(قال المصنف: فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما)** أقول: قال الإتقاني: الضمير في عليه راجع إلى الخراج، وفي فيهما راجع إلى الكفالة انتهى. والأظهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما للكفالة والرهن بالخراج قوله: **(قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش)** أقول: القائل هو الإتقاني.

قال: **(ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان)** لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق، وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان **(وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع)** لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة، وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجة، وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والاقتصار، وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراده أن لا يكون بدل

ذلك، ويدل على ذلك إقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعليّ، فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة. ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع، وما نوقض به من أنه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يبين أيّ مقدار شاء **(وعلى ضمان الدرك إجماع)** وضمان الدرك أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله، وقد نقل نص الشافعي رضي الله عنه على جواز ضمان الدَرك، وأما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] على أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بإنكار فيمكن أن يدعي أن حمل البعير كان مقداراً معيناً كما يتعارف في زماننا أن الحمل الصادر خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به **(وصار كما لو كفل بشجة)** أي خطأ، فإن العمد على تقدير السراية يجب القصاص إذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص، وإذا كانت خطأ ففي الكفالة بها جهالة المكفول به فإنها إن سرت إلى النفس وجب دية النفس وإلا فأرش الشجة ومع ذلك صح، وقدمنا أن المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فإنه ليس بدين صحيح لأن العبد متمكن من إسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولأنه للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده، وكذا يحترز به عن دين الزكاة فإنه دين حتى يمنع وجوب الزكاة، لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا. والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها **(ثم المكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الدين وإن شاء طالب الكفيل)** وهو قول أكثر أهل العلم. وعن مالك لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذرت مطالبة الأصيل **(وله مطالبتهما)** جميعاً لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة وذلك يسوّغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء، إلا إذا شرط في الكفالة براءة الأصيل فحينئذ لا يطالب الأصيل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوّز بها فيها فتجري حينئذ أحكام الحوالة، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيهما **(بخلاف المالك)** المغصوب منه **(إذا اختار تضمين أحد الغاصبين)** يعني الغاصب وغاصب الغاصب إذا قضى القاضي عليه بذلك ليس

العقد في الرهن والكفالة عليه. قيل في كلام المصنف لفّ ونشر مشوّش ولا بعد في قصده ذلك. قال: **(ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه الخ)** تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة أو على التعاقب لأن موجب عقد الكفالة التزام المطالبة: أي أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل في المطالبة بأن يكون مطلوباً بإحضار المكفول عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه، ولهذا قلنا: إن إبراء الكفيل لا يرتدّ برده لرجوعه إلى إلزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل، والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق، وما يزاد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجوداً والمانع منتفياً، فالقول بامتناعه قول بلا دليل، وإذا صحت الثانية لم يبرأ الأول لأنا إنما صححناها ليزداد التوثق، فلو برىء الأول ما زاد إلا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل. وقال ابن أبي ليلى: يبرأ الكفيل الأول لأن التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجباً على الأول كان واجباً في موضعين وهو بناء على أصله أن الكفيل إذا كفل بالدين برىء المطلوب فكذلك هاهنا. والجواب أن ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والأصل موافقتها ويفضي إلى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فإن فيها يبرأ المحيل وذلك باطل، ثم إذا أسلم أحد الكفيلين نفس الأصيل إلى الطالب برىء دون صاحبه. قال: **(وأما الكفالة بالمال فجائزة الخ)** لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال، وهي جائزة سواء كان معلوماً كقوله تكفلت عنه بألف،

قوله: **(لرجوعه إلى إلزام من له الطلب لخ)** أقول: فيه تأمل.

الكتابة، وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال: **(والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله)** لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه، إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتباراً للمعنى، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة **(ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما)** لأن مقتضاه الضم، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني، أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق.

قال: **(ويجوز تعليق الكفالة بالشروط)** مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعليّ أو ما ذاب لك عليه فعليّ أو ما غصبك فعليّ. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك، ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع، أو

له أن يضمن الآخر **(لأن اختياره)** تضمين **(أحدهما)** أي إن قضى القاضي عليه **(يتضمن التمليك منه)** فيبرأ الآخر بالضرورة، بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التمليك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء قوله: **(ويجوز تعليق الكفالة بالشروط)** مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعليّ وما ذاب لك عليه، أي ما وجب وثبت فعليّ من ذوب الشحم، لأن المعنى إن بايعته فعلى درك ذلك البيع. وإن ذاب لك عليه شيء فعليّ، وكذا ما غصبك فعليّ، وإذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الأولى، فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعة الثانية، ذكره في المجرد عن أبي حنيفة نصاً. وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة: يلزمه كله، ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح، حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلاناً ليصير المكفول عنه معلوماً فإن جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول في الإضافة. ولو قال ما بايعت من الناس فعليّ ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه، بخلاف انفراد جهالة المكفول به فإنها حينئذ قليلة تتحمل. والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقاً وجهالة المكفول عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع. مثال ذلك لو قال: ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحداً فهو عليّ لا تصح لجهالة المضمون عنه في الإضافة، وكذا لو قال ما ذاب لأحد عليك فهو عليّ لا تصح لجهالة المكفول له. ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعليّ جاز لانتفائهما، ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لا تصح الكفالة، كأنه قال: ما يجب لك على واحد من الناس فعليّ، وفيه لا تصح لجهالة

أو مجهولاً كقوله تكفلت عنه بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع: يعني من الضمان بعد أن كان ديناً صحيحاً، لأن مبنى الكفالة على التوسع فإنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة. وقوله: **(وعلى الكفالة بالدرك)** بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول، وفيه إشارة إلى نفي قول من يقول إن الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولاً كالثمن في البيع. وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالإجماع وهو ضمان بالمجهول، وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجة أيّ شجة كانت إذا كانت خطأ فإنها صحيحة وإن كانت بمجهول لاحتمال السراية والاقتصار. وإنما قيل خطأ لأنها إذا كانت عمداً وقد سرت وكانت الشجة بآلة جارحة فإنها توجب القصاص والكفالة به لا تصح. ولما مر ذلك في كلامه لم يحتج إلى التقييد به **(وشرط أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً)** وفسره بأن لا يكون بدل الكتابة لأنه ليس بدين صحيح، إذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه، والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء، وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب أن يسقط البدل بتعجيزه نفسه. وقيل لأن المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به. قال: **(والمكفول له بالخيار الخ)** المكفول له مخير بين أن يطالب الذي عليه الأصل: أي الدين ويسمى الدين أصلاً لأن المطالبة مبنية عليه، فإن مطالبة الذين بغير دين غير متصوّر فكانت المطالبة فرعاً،

قوله: **(ولما مر ذلك)** أقول: فيه بحث قوله: **(وقيل لأن المولى الخ)** أقول: فيه شيء، ويندفع بقولنا قياساً تأمل.

لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه، أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة، وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه، فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر وكذا إذا

المكفول عنه. ومن بايع فلاناً اليوم من بيع فعليّ لا يلزم الكفيل شيء لجهالة المكفول له لأنه ضمن الواحد من الناس، بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعليّ يصح فأيهم بايعه لزم الكفيل لأنه ضمن لمعينين، وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسألة التي قبلها ليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين وإلا فلا فرق. ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو ألف أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له. ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أن مالك على فلان رجل آخر جاز لأنها جهالة للمكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج إلى فرقين فرق بين المكفول له. وعنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له. وفرق بين المكفول عنه في التنجيز والإضافة حيث يصح في التنجيز دون الإضافة. أما الأول فما ذكر في الذخيرة أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لأنه تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة للبيع، والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق. وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الإرسال والتعليق أن القياس يأبى جواز إضافة الكفالة لأنها تمليك في حق الطالب. وإنما جوّز استحساناً للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوماً فإذا كان مجهولاً يبقى على القياس. وحاصل هذا أن المبطل هو الإضافة لا جهالة المكفول عنه. إذا عرف هذا جئنا إلى مسألة الكتاب، فاستدل المصنف وأكثر الأصحاب بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان العمالة لا الكفالة، وكذا قال أصحاب الشافعي لأن هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لأنه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الإجارة لا الكفالة، وضمان العمالة على هذا الوجه جائز كمن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا. والدليل على أنه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة أن المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته إلا في مسألة واحدة ستأتي. وعامة المشايخ قالوا: الاستدلال به صحيح، فإن الزعيم حقيقة الكفيل، والمؤذن إنما نادى العير عن غيره وهو الملك، فإن المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير، لأنه إنما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه، إلا أن فيه جهالة المكفول له؛ فقد اشتملت على أمرين: جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافة. وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبي قتادة في قصة الميت المديون بدرهمين فقال عليّ هما عليّ، فصلى عليه الصلاة والسلام عليه[1] فدل على جواز الأمرين. ثم قام

وهذا التخيير بناء على ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنها إلا إذا شرطت البراءة فتصير حوالة اعتباراً للمعنى، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة، فعلى هذا له أن يطالبهما جميعاً جملة ومتعاقباً، بخلاف المالك إذا اختار أحد الغاصبين: أي الغاصب وغاصب الغاصب، فإنه إذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك إذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثاني. أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك. قال: **(ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الخ)** يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم، مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء مثل أن يقول: إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئاً أو إذا حلّ مالك عليه ولم يوفّ به فعليّ. ولا يجوز بشرط

---

(١) تقدم مستوفياً في أول الباب بعد حديث واحد.

جعل واحد منهما أجلاً، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق. **(فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل)** لأن الثابت

الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس، ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الإجماع على صحة ضمان الدرك. ولما كان إضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع إلى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاً ملائماً، وملاءمة الشرط بأحد ثلاثة أمور: أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف **(بأن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع)** فإن استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري، ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بصاع الملك فإنه سبب وجوب الجعل. الثاني **(أن يكون شرطاً لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه)** فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه. الثالث **(أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء مثل إن غاب عن البلد)** أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً. ومن الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنت مالك على فلان إن توى وإن حل مالك عليه ولم يوافك به. وفي الخلاصة نقلاً عن الأصل قال للمودع إن أتلف المودع وديعتك، أو جحدك فأنا ضامن لك صح، وكذا إذا قال إن قتلك ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح، بخلاف إن أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائماً كإن دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق **(وكذا إذا جعل واحد منهما أجلاً)** يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كأن يقول كفلت به أو بمالك عليه إلى أن تهب الريح أو إلى أن يجيء المطر لا يصح، إلا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الأجل، بخلاف ما لو علقها بهما نحو إذا هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فإن الكفالة باطلة أصلاً. ولو جعل الأجل الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل. فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلاً ومع الأجل الغير الملائم تصح حالة

مجرد عن الملاءمة كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر، وقيد بكون زيد مكفولاً عنه لأنه إذا كان أجنبياً كان التعليق به كما في هبوب الريح. واستدل بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ فإن منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك، وكان نداؤه بأمر يوسف عليه السلام، وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصها الله ورسوله من غير إنكار. وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما قال بعض الشافعية إن هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة، فهو كقول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لأن الكفالة إنما تكون إذا التزم عن غيره وهاهنا قد التزم عن نفسه. والثاني أن الآية متروكة الظاهر لأنها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة. والجواب عن الأول أن الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما أمكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادي للغير: إن الملك يقول: لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم بذلك فيكون ضامناً عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة. وعن الثانية بأن في الآية أمرين: ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له، وإضافتها إلى سبب الوجوب، وعدم جواز أحدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر. فإن قلت: ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له، فإن الأولى لا تمنع الجواز أصلاً، والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحداً من الناس، والثالثة تمنعه مطلقاً؟ فالجواب أن الأولى منصوص على جوازها لأنه قال تعالى: ﴿حمل بعير﴾ وهو غير معلوم لأنه يختلف باختلاف

قال المصنف: **(وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه)** أقول: أي في معنى الذي ذكرناه، وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به قال المصنف: **(فإما لا يصح التعليق بمجرد الشرط)** أقول: ولا يصح الكفالة أيضاً هنا كما ذكره الشارحون قوله: **(وجهالة المكفول له الخ)** أقول: كما إذا قيل من غصبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك قوله: **(وهذا هو الموعود)** أقول: الإشارة إلى كون الكفالة بيعاً في حق الطالب، فإنه إذا كانت الكفالة تمليكاً في حقه وإضافة التمليك إلى المستقبل لا تصح إضافة الكفالة إلى المستقبل في القياس فليتأمل قال المصنف: **(وكذا إذا جعل واحد منهما أجلاً)** أقول: أي وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام قال المصنف: **(لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط)** أقول: أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازاً: أي بأجل متعارف.

بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به **(وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما**

ويبطل الأجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله **(لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق)** يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة، وإنما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال، وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكر التعليق وأراد التأجيل. هذا وظاهر شرح الإتقاني المشي على ظاهر اللفظ، فإنه قال فيه: الشرط إذا كان ملائماً جاز تعليق الكفالة به، ومثل بقوله إذا استحق المبيع فأنا ضامن إلى أن قال: وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لأن كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة أصله الطلاق والعتاق. وفي الخلاصة: كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً فيها فالكفالة باطلة انتهى. وهذا يفيد أنها تبطل بالشروط الفاسدة إن كانت في صلبها قوله: **(فإن قال تكفلت بمالك عليه)** هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل، وهذا على اختلاف الألفاظ التي تقع بها الكفالة، فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شيء إلا أن تقوم البينة بمقدار ألف أو غيرها **(لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بها ما عليه)** فوجب عليه **(ولو لم تقم بينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه)** مع يمينه **(فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه، ويصدق)** المكفول عنه **(في حق نفسه)** بما أقرّ به على نفسه **(لولايته عليها)** بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو عليّ أو ما ثبت فأقرّ المطلوب بمال لزم الكفيل لأن الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فإنه بمعنى حصل وقد حصل بإقراره، بخلاف الكفالة بما لك عليه فإنها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب، والوجوب يثبت بإقراره، بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم إلا أن يقضي القاضي ومثل مالك ما أقرّ لك به أمس، فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لأنه قبل مالاً واجباً عليه لا مالاً يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب عليه، فإن قال ما أقرّ به فأقرّ في الحال يلزمه؛ ولو قامت بينة

البعير فلم تمنع مطلقاً، والثانية إنما تمنعه لأجل الإضافة لا للجهالة فإن الكفالة المضافة إلى المستقبل يابى القياس جوازها على ما يأتي، وإنما جوّزت استحساناً للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول منه معلوماً فالمجهول باق على أصل القياس، والثالثة إنما تمنعه مطلقاً لأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول أصلاً وإذا كان بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب، وفي حق المطلوب بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فإن جهالته لا تمنع كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق، وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي قوله: **(وكذا إذا جعل كل واحد منهما أجلاً)** أي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلهما أجلاً للكفالة وفي كلامه نظر من أوجه: الأول أن قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع أن الكفالة لا تجوز. الثاني أن قوله وكذا إذا جعل معطوف على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح إذا جعل، ولا يخلو إما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة إذا لم يذكر ثالثاً. والأول لا يجوز إذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق إذا جعل كل واحد منهما أجلاً. والثاني كذلك لقوله بعده إلا أنه تصح الكفالة. والثالث أن الدليل لا يطابق المدلول لأن المدلول بطلان الأجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة، ومع ذلك فليس بمستقيم لأنها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسألة. ويمكن أن يجاب عن الأول بأن حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه. لا يقال: نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ولا تنتفي الكفالة بانتفاء الأجل لأن الإيجاب المعلق نوع، إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه، وقد تقدم في الصرف ما يقاربه إن

قوله: **(فاعل يصح هو التعليق)** أقول: يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراداً به التأجيل على طريقة الاستخدام.

يعترف به) لأنه منكر للزيادة **(فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله)** لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه **(ويصدق في حق نفسه)** لولايته عليها.

أنه أقرّ له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لأنه لم يقل ما كان أقرّ لك، ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بذل. وفي الخلاصة: رجل قال ما أقرّ فلان به فهو عليّ فمات الكفيل ثم أقرّ فلان فالمال لازم في تركة الضامن، وكذا ضمان الدرك. وفيها: رجل قال لآخر بايع فلاناً فما بايعته من شيء فهو عليّ صح، فإن قال الطالب بعته متاعاً بألف وقبضه مني وأقرّ به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحساناً بلا بينة، ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما، ولو قال إن لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك، ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه لزم الضمان أيضاً، ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك إن أعطاه مكانه أو ذهب إلى السوق فأعطاه أو قال اذهب إلى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز، فإن قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل، ولو قال إن تقاضيت فلاناً مالك عليه ولم يعطك فأنا لمالك عليه ضامن فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان، ولو قال إن عجز غريمك عن الأداء فهو عليّ فالعجز يظهر بالحبس إن حبسه ولم يؤد لزم الكفيل. وفي فتاوى النسفي: رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة. وفي مجموع النوازل: جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئاً بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون الذين وجدهم الوالي لا تطلعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص، فلو أخذ الوالي منهم شيئاً فلهم الرجوع، قال: هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية، وعلى قول عامة المشايخ لا يصح، ولو كفل بما له على أن يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده جاز إذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه، فإن هلكت برىء الكفيل والقول قول الكفيل أنها هلكت، فلو غصبها ربّ الوديعة أو غيره أو استهلكها برىء الكفيل والحوالة على هذا؛ ولو ضمن بألف على أن يعطيه إياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار قوله: **(وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا)** وهو قوله ﷺ: «الزعيم غارم» فإنه أعم من كونه بإذن وبلا إذن **(ولأنه)** أي عقد الكفالة **(التزام المطالبة وهو)** أي هذا الالتزام **(تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر على المطلوب)** لأن ضرره **(بثبوت الرجوع)** ولا رجوع عليه **(لأنه)** أي الرجوع **(عند أمره و)** عند أمره يكون **(قد رضي به، فإن كفل بأمره رجع بما أدى لأنه قضى دينه بأمره)** مقيد بأمرين: أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الأمر، فلو كان صبياً أو محجوراً وأمر من يكفل فلا رجوع له عليه، ولو كان عبداً محجوراً فإنما يرجع عليه بعد عتقه، فلو كان الصبيّ مأذوناً صح أمره ويرجع الكفيل عليه

كان على ذكر منك. وعن الثاني بأن فاعل يصح المقدر هو الأجل، وتقديره: وكما لا يصح التعليق لا يصح الأجل إذا جعل كل واحد منهما أجلاً. وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله: **(ويجب المال حالاً)** وتقديره لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق، ويجوّز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما **(فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة)** ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك إذا ثبت بالبينة فصح الضمان به **(وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لأنه منكر للزيادة)** وإنما كان القول قوله لأنه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما إذا أقرّ بشيء مجهول، وإنما كان

قال المصنف: **(لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه)** أقول: قال الزيلعي: بخلاف ما إذا قال ما ذاب لك على فلان فعلى فأقر فلان على نفسه بألف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحساناً. والقياس لا يلزمه شيء لما بينا. وجه الاستحسان أنه تكفل بما يستحب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يتأتى بأي طريق كان في مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال، فإذا أخبر الطالب أو المطلوب ما عليه كان متهماً فلا يصدق ما لم يقم البينة اهـ. وفيه بحث.

قال: **(وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره)** لإطلاق ما روينا ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به **(فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه)** لأنه قضى دينه بأمره **(وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه)** لأنه متبرّع بأدائه، وقوله رجع بما أدى

لصحة أمره بسبب الإذن. ثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول اكفل عني اضمن عني لفلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه، فلو قال اضمن الألف التي لفلان عليّ لم يرجع عليه عند الأداء لأن الكائن مجرد الأمر بالضمان والإعطاء فجاز أن يكون القصد ليرجع وأن يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في إشارات الأسرار: إذا قال لرجل اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الآمر إلا إذا كان خليطاً أو شريكاً. وقال أبو يوسف: يرجع لأنه وجد القضاء بناء على الأمر فلا بد من اعتبار الأمر فيه، وأن يكون كذلك إلا إذا كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضاً منه، ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمر لغا الأمر لأنه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الأمر وعدمه سواء. أما الخليط فيرجع فيه بالإجماع، والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه، وأورد مطالبة بالفرق بين الأمر في الكفالة وبين ما إذا قال أدّ عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فأدى عنه لا يرجع على الآمر ما لم يشرط الضمان فيقول على أني ضامن فلم يكتف بمجرد الأمر في الرجوع وإن ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به. وأجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام بأن الآمر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها لأنه أمره أن يؤدي عنه ويقضي عنه وأن يكون قاضياً عنه إلا بعد أن يصير المقضى به ملكاً للآمر، إلا أن الملك للآمر إنما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه، فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل وهو الدين السابق له، حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل، وليس ذلك إلا القرض. وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل، حتى لو ظهر أن لا زكاة عليه لا يسترد، من الفقير ما قبض فيثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه إلا بالشرط. والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض إذا ذكر لفظة عني، وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب اتهاب؛ ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا أن الملك إنما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض. وقوله: **(وإن كفل بغير أمره لم يرجع)** هو قول الشافعي ورواية عن أحمد، وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل بأمره لأن الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في

مع يمينه لأن من جعل القول قوله فيما كان هو خصماً فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال، وإليه أشار بقوله لأنه منكر للزيادة **(فإن اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقرّ به لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها)** كالمريض إذا أقرّ في مرض الموت يصح إقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة حيث يقدمون على المقرّ له في حالة المرض. قال: **(وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ)** الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول اضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره سيان في الجواز، لأن الدليل الدال على جوازها وهو قوله ﷺ: «الزعيم غارم» وأمثاله لا يفصل بين كونها بأمره أو بغيره، ولأن الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير، وذلك تصرف في حق نفسه، وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم إذا لم يتضرر به غيره، وغير المتصرف هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرّر بل منتفع لا محالة، والمطلوب إن تضرر فإنما يتضرر بالرجوع عليه، وذلك لا

قال المصنف: **(لأنه قضى دينه بأمره)** أقول: المراد أمره المعهود قوله: **(لأن المراد بالأمر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك)** أقول فيه تأمل، فإنه لو لم يكن معتبراً لم يرجع على العبد بعد ما عتق، ثم قوله لأن المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ قوله: **(لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح)** أقول: جواب لقوله ولا بما إذا قال لغيره الخ.

قوله: **(كما يجب المال للطالب على الكفيل)** أقول: فيه شيء، فإنه لا دين على الكفيل في الأصح.

معناه إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب، كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث، وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة، بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل.

استيفاء المال من الأصيل. وقلنا: تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، وحيث تساهلنا في شيء من ذلك فإنما معناه التشبيه: أي هو كالمملك، وفي الكفالة بالأمر يجب المال للكفيل على الأصيل حكماً للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر إلى أدائه، وهذا لا يكون في كفالته بلا أمره (**لأنه متبرع**) ولا يمكن إثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع. وقوله: (**رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه**) فإنما (**يرجع بما ضمن**) حتى لو كان الدين زيوفاً: فأدى عنها جياداً فإنما يرجع بالزيوف أو كان الدين جياداً فأدى عنها زيوفاً وتجوّز الطالب بها فيرجع بالجياد، بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى، فلو كان الدين جياداً فأدى زيوفاً يرجع بالزيوف، ولو كان زيوفاً فأدى جياداً رجع بالزيوف أيضاً لأن رجوعه بحكم الأمر، ولم تدخل صفة الجودة فيما إذا كان الدين زيوفاً تحت الأمر. أما الكفيل فإنما يرجع بحكم الكفالة، وحكمها أنه يملك الدين بالأداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإن ماله عينه، وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدّق به عليه فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه. فإن قيل: ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار، وبهذه المسألة استدل من قال إن الكفالة ضم في الدين. أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا تجوز إذا لم يأذن للغير في قبضه، فأما إذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحساناً، وهنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل. والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الأداء، وإنما اخترنا هذه العبارة لأن بقبض الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب إذ صار ملكاً له شرعاً جبراً من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه. والأوجه إما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الأصيل ويسقط عنهما بأداء أحدهما كما هو أحد القولين، أو اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحاً للتصرف، وإذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله، بخلاف ما إذا أبرأه لأن الواجب عليه المطالبة وبالإبراء تسقط فلا يحتاج إلى القبول ولا يرتد بالرد. وقوله: (**وكما إذا ملك المحتال عليه الدين**) بالأداء إلى المحتال بأن أحال المديون رجلاً على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فإنه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما أدى، حتى لو أدى عروضاً أو دراهم عن الدنانير لا يرجع إلا بالدين كالكفيل، وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال.

يكون إلا عند الأمر، فما لم يأمر لم يتضرر، وإن أمر فقد رضي، والضرر المرضي غير ضائر فتبين أن الكفالة بنوعيها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب. ثم إن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دين غيره بأمره، ومن قضى دين غيره بأمره يرجع عليه، ولا ينتقض بما إذا كان المكفول عنه صبياً محجوراً عليه أو عبداً كذلك وأمر الكفيل فإنه إذا أدى لا يرجع على الصبيّ أصلاً ولا على العبد ما دام رقيقاً، لأن المراد بالأمر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك، ولا بما إذا قال لغيره أدّ عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد أدّى دين غيره بأمره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على أني ضامن، لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم، وإن كفل بغير أمره لم يرجع لأنه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع. وقال مالك: الكفيل إذا أدّى رجع سواء كفل بأمره أو بغير أمره، لأن الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الأصيل. والجواب أن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، وإذا كفل بأمره فبنفس الكفالة؛ كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل

قال: **(وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه)** لأنه لا يملكه قبل الأداء، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية.

وقوله: **(كما ذكرنا في الحوالة)** أي حوالة كفاية المنتهى **(بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء)** فإنما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريباً **(وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف)** المكفول بها **(على خمسمائة)** حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الألف **(لأنه إسقاط)** أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل إلى الكفيل. وقوله: **(فصار كما لو أبرأ الكفيل)** يعني عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمسمائة، فكذلك إذا صالح على خمسمائة عن الألف لا يرجع إلا بخمسمائة؛ أو المعنى إذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتباراً للبعض بالكل قوله: **(وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه، لأنه)** أي الكفيل **(لا يملكه قبل الأداء، بخلاف الوكيل بالشراء حيث)** له أن **(يرجع)** على المكفول بالثمن **(قبل أن يؤديه لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية)** فإن الموكل لا يستفيد الملك إلا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل **(فإن لوزم)** الكفيل **(بالمال فله أن يلازم المكفول عنه)** إذا كانت الكفالة توجب الرجوع **(حتى يخلصه، وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه)** خلافاً

على الأصيل ولكنه يؤخر إلى أدائه، وهذا لا يكون عند كفالته بغيرأمره قوله: **(رجع بما أدى)** اعلم أن الكفيل يملك المكفول به في فصول: منها الأداء إلى صاحب الدين، ومنها هبته إياه، ومنها إرثه له، ومنها صلحه إياه على جنس آخر. فأما الفصل الأول فعلى نوعين: أحدهما أن يكون أدى ما ضمن وفيه الرجوع بما أدى لأنه أدى مثل ما ضمن. والثاني أن يقول أدى خلاف ما ضمن كما إذا أدى زيوفاً بدل ما ضمن من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك، وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى. قال المصنف: **(لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب)** والطالب لم يكن له أن يطالبه إلا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته، وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فإن الكفيل يملكه ويرجع على الأصيل بما ضمن، وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فإن يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين إذ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين. والثاني أن الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن، وأما في الأداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الأمر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد: أعني ما أدى وما ضمن. والجواب عن الأول بوجهين: أحدهما أن تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحساناً إذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه، وهذا لأن ذلك إنما لا يصح لأنه تمليك ما لا يقدر على تسليمه. وإذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه إياه، وحينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز. والثاني أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة إذا لم يكن هناك ضرورة، وأما إذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وهاهنا قد وجدت الضرورة لأن الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لأن له ولاية نقل الدين إليه بإحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما، وهذا يرشدك إلى الفرق بين إبراء الدين وهبته له في أن الإبراء لا يرتدّ بالرد والهبة ترتد به، فإن الإبراء إسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد، والهبة لما كانت تمليكاً اقتضت ملكاً مقدور التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة إلى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد، فكما لو وهب الدين من الأصيل صح الرد فكذا من الكفيل.

وعن الثاني بأن التشبيه إنما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم إذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب إلا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى المحال عليه ذلك، بخلاف ما ضمن فإن المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لأنه ملك

قوله: **(فلا بد من اعتبارهما)** أقول: فيه تأمل.

قال: (**فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه**) وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله (**وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه بريء الكفيل**) لأن براءة الأصيل توجب

للشافعي في الأظهر قال لأنه لا دين له عليه إذ الدين لا ينتقل إليه إلا بالأداء ولم يؤد بعد. وقلنا: ملازمته وحبسه معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لأنه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه وإلا فيعامله بمثل ما عامله به قوله: (**وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه بريء الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل**) بالإجماع (**لأن الدين عليه**) أي على الأصيل (**في الصحيح**) خلافاً لمن ذكر أن الدين في ذمة الكفيل كذا قيل. وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل إن الدين في ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس إلا في ذمة الأصيل قائل بأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لأن ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الأصيل. ويشترط قبول الأصيل أو موته قبل القبول والرد فإن ذلك يقوم مقام القبول، ولو ردّه ارتد ودين الطالب على حاله. واختلف المشايخ أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا؟ فبعضهم يعود وبعضهم لا، بخلاف الكفيل فإنه إذا أبرأه صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصيل لما ذكرنا قريباً، ولو كان إبراء الأصيل أو هبته أو التصدق عليه بعد موته؛ فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة، فإن قبلوا صح، وإن ردوا ارتد، وقال محمد: لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالإبراء (**وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لأن عليه**) أي على الكفيل (**المطالبة**) دون الدين (**وبقاء الدين بدونه**) أي بدون المطالبة على تأويل الطلب (**جائز**) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الأصيل فلا يبرأ الأصيل بإبرائه (**وكذا إذا أخر عن الأصيل فهو**) تأخير عن كفيله، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الأصيل لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد فإن قيل: الإبراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده وبرد الأصيل يرتدان كلاهما. والجواب أن الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم، وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعليه ما ذكر في الذخيرة أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما

الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب قوله: (**بما ذكرنا في الحوالة**) قيل يريد به حوالة كفاية المنتهى قوله: (**بخلاف المأمور بقضاء الدين**) جواب دخل. تقريره: الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل، وتوجيهه أن يقال المأمور بقضاء الديون لم يجب له على الآمر شيء حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن، وإنما الرجوع بحكم الأمر بالأداء فلا بد من اعتبارهما، فلو أدى الزيوف على الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد لأن أداء المأمور به لم يوجد، وإن عكس فكذلك لأن الأمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعاً بها، وعلى هذا فقوله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح، وأما إذا صالح الكفيل ربّ الدين فهو على نوعين: أحدها أن يصالحه على أقل من الدين كما إذا صالح عن الألف على خمسمائة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لأنه إسقاط فكان إبراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما يذكره. والثاني أن يصالحه على جنس لآخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي. قال: (**وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال**) الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لأن الموجب للمطالبة هو التمليك وهو لا يملكه قبل الأداء فانتفى الموجب، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأن الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما: أي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية، ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا في مقدار الثمن، وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لأجل الثمن كالبائع، والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة. قال: (**فإن لوزم بالمال الخ**) إذا لوزم الكفيل له أن يلازم المكفول عنه إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لأنه هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه، وكذا إذا حبسه كان له أن يحبسه إذا كانت الكفالة بأمره. وقال الشافعي رحمه الله: ليس له ذلك لأنه لا يتعلق له حق على الأصيل قبل الأداء. وقلنا هو مورط فعليه الخلاص، فإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه بريء الكفيل لأنه أبرأ الأصيل، وإبراء الأصيل يستلزم إبراء الكفيل لأن المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالإبراء فلم تبق المطالبة على

براءة الكفيل لأن الدين عليه في الصحيح **(وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه)** لأنه تبع، ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز **(وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل)** لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحالّ مؤجلاً إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلاً فيه، أما هاهنا فبخلافه.

ذكرنا أن الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والإسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كإسقاط الخيار، وأما الإبراء المؤقت فهو تأخير مطالبة، وليس بإسقاط؛ ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الإسقاط المحض، فإذا عرف هذا فما لم يقبل الكفيل التأخير أو الأصيل فالمال حالّ يطالبان به للحال، وهذا **(بخلاف ما لو كفل بالمال)** أي بالدين **(الحالّ مؤجلاً إلى شهر)** مثلاً **(فإنه يتأجل عن الأصيل)** إلى شهر **(لأنه)** أي المكفول له **(لا حق له حال الكفالة إلا في الدين)** فليس إذ ذاك حتى يقبل التأجيل سواه **(فكان الأجل)** الذي يشترطه الكفيل **(داخلاً فيه)** فبالضرورة يتأجل عن الأصيل **(أما هاهنا)** وهو ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل **(فبخلافه)** لأنها تقرر حكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف إلى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة قوله: **(فإن صالح الكفيل ربّ المال عن الألف على خمسمائة)** إن شرط براءتهما جميعاً عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئا جميعاً، وإن شرط براءة الكفيل وحده بريء الكفيل عن خمسمائة والألف بتمامها على الأصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة إن كان بأمره والطالب بخمسمائة، بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بألف، وإن لم يشرطا براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الألف على خمسمائة وهي مسألة الكتاب **(برئا جميعاً)** عن خمسمائة **(لأنه)** أي الكفيل **(أضاف الصلح إلى الألف الدين وهو)** أي الدين **(على الأصيل)** فيبرأ الأصيل **(من خمسمائة)** ومن ضرورته أن يبرأ الكفيل منها على

الأصيل وهو ظاهر، ولا على الكفيل لأن الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه إلا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها. وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضاً على ما تقدم. ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الأصيل لا توجب براءة الكفيل، فإن ذلك بالإجماع، ويعلل بأن الكفالة لا تكون إلا فيما هو مضمون على الأصيل، وقد سقط الضمان عن الأصيل بالأداء أو الإبراء فيسقط عن الكفيل أيضاً لأن وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الأصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا. فإن قيل: قولهم براءة الأصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما إذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة فإن براءة الأصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل. قلنا: لا نقض في ذلك، فإنا قلنا إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وإذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل، بل الباقي إذ ذاك محال عليه، ولم نقل بأن براءة الأصيل توجب براءة المحال عليه **(وإن أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الأصيل)** لأن على الكفيل المطالبة دون أصل الدين، وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لأن بقاء الدين على الأصيل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز؛ ألا ترى أنه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الأصيل **(وإن أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله، وإن أخر عن كفيله لا يكون تأخيراً عن الأصيل لأن التأخير إبراء موقت)** لإسقاط المطالبة إلى غاية **(فيعتبر بالإبراء المؤبد)** وردّ بأن هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل؛ ألا ترى أن الكفيل لو ردّ الإبراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الإبراء وتسقط عنه المطالبة، ولو ردّ الإبراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالاً. والجواب أن اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه وإلا لا يبقى الاعتبار. نعم يحتاج إلى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول أحدهما الرد دون الآخر، وهو ما ذكروه أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه إلا مجرد مطالبة، والإسقاط المحض لا يقبل الرد كإسقاط الخيار، وأما الإبراء الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه إسقاط ولهذا يعود بعد الأجل والتأخير قابل للرد قوله: **(بخلاف ما إذا كفل)** يجوز أن يكون جواب دخل. تقريره لا نسلم أن التأخير عن الكفيل لا يكون

قال: **(فإن صالح الكفيل ربّ المال عن الألف على خمسمائة فقد برىء الكفيل والذي عليه الأصل)** لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرىء عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة.

ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الأصيل بالخمسمائة التي أوفاها ولا خلاف في هذا **(بخلاف ما لو صالح بجنس آخر لأنه)** أي الصلح بجنس آخر **(مبادلة فيملكه)** أي الدين **(فيرجع بجميع الألف)** وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالأقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لأنه أوفى هذا القدر، ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لأن الخمسمائة لا تجعل عوضاً عن الألف لما فيه من الربا، ولا يمكن تمليكها من الكفيل لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، ولا يمكن أن تجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحاً للصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لأن وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة إلى التمليك، وفي خلاف الجنس يحتاج إلى التمليك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا، بل هو إسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للأصيل فتسقط عنهما، ثم يرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إذا كان كفل بأمره **(ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل)** لأن الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حالِ المطالبة على ما كان قبل الكفالة، وجعل في النهاية صورة هذه المسألة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على إبراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة لأن إبراء الكفيل فسخ للكفالة قوله: **(ومن قال لكفيل ضمن له مالاً)** بأمر المكفول عنه **(قد برئت إليّ من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)** بجميع الدين لأن لفظ إلى لانتهاء الغاية، والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس إلا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين. وهذا معنى الإقرار من ربّ الدين وبالقبض من الكفيل، كأنه قال دفعت إليّ فلا يرجع على واحد منهما، ويرجع الكفيل على الأصيل إن كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة في هذا. وهنا ثلاثة مسائل: إحداها هذه، والثانية

تأخيراً عن الأصيل، فإن الكفيل إذا كفل بالمال الحالّ مؤجلاً إلى شهر فإنه يكون تأخيراً عن الأصيل. ووجه ذلك أنه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لأصل الدين لأنه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة، ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين، لأن المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيره، وإذا كان تأخير الأصل الدين وهو في ذمة الأصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعاً **(أما هاهنا أي فيما إذا حل بعد الكفالة فإنما كان للتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين)** قال **(فإن صالح الكفيل ربّ المال الخ)** مصالحة الكفيل ربّ المال على أقل من قدر الدين بجنسه على أربعة أوجه: هو أن يشترط براءتهما جميعاً، أو براءة المطلوب خاصة، أو براءة الكفيل خاصة، أو لم يشترط شيء من ذلك. ففي الأول والثاني برئا جميعاً، وفي الثالث برىء الكفيل عن خمسمائة لا غير والألف بحاله على الأصيل والطالب بالخيار إن شاء أخذ جميع دينه من الأصيل وإن شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى إن كان الصلح والكفالة بأمره. وفي الرابع وهو مسألة الكتاب. فإن قال الكفيل للطالب صالحتك عن الألف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعاً عن خمسمائة لأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما على الأصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الأصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى لأنه أوفى هذا القدر بأمره، وإن قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخاً للكفالة لا إسقاطاً لأصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل إن شاء والباقي من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى

قوله: **(إن كان الصلح والكفالة بأمره)** أقول: لوجوب كون الصلح بأمره تأمل.

قال: **(ومن قال لكفيل ضمن له مالاً قد برئت إليّ من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)** معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء، فيكون هذا إقراراً بالأداء فيرجع **(وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه)** لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن

قال أبرأتك من المال ليس إقراراً بالقبض حتى كان للطالب أن يأخذ الأصيل به، والثالثة برئت من المال ولم يقل إليّ فهذا إقرار بالقبض عند أبي يوسف كقوله برئت إليّ. وعند محمد كقوله أبرأتك إثباتاً للأدنى وهو براءة الكفيل إذ في الزائد عليه شك فلا يثبت. وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك برىء الكفيل من الدراهم التي كفل بها فإنه إقرار بالقبض عندهم جميعاً كقوله برئت إليّ بقضية العرف فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء، وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة إقراراً بالقبض عرفاً ولا عرف عند الإبراء. وأبو يوسف يقول هو مثل برئت إليّ لأنه إقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب. وحاصله إثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت، والبراءة الكائنة منه خاصة كالإيفاء، بخلاف البراءة بالإبراء فإنها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل، وما قاله محمد إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين. واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي عليّ، ومنهم من قال هو إقرار بالمال كما لو قال أبرأني من هذا المال الذي ادعاه، ومنهم من قال لا يكون إقراراً لأن الدعوى تكون بحق وبباطل. ولو قال الكفيل أنت في حلّ من المال فهو كقوله أبرأتك لأن

ومصالحته إياه، بخلاف الجنس تمليك لأصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الألف. واعترض بأنه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز. وأجيب بأنه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلاً من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الأصيل لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، بخلاف ما إذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلاً عن الألف لكونه ربا فيبقى الدين في ذمة الأصيل والبراءة مشروطة له، وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرءان عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إذا كفل بأمره كما ذكرنا. قال: **(ومن قال لكفيل ضمن له مالاً الخ)** ذكر هاهنا ثلاث مسائل تتعلق بالإبراء: إحداها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب، والثانية أن يذكر ابتداؤها من الطالب، والثالثة بالعكس. فالأولى أن يقول لكفيل ضمن له بأمره مالاً قد برئت إليّ من المال، وفيها يرجع الكفيل على الأصيل لما ذكر أن البراءة التي يكون ابتداؤها من المطلوب: أي الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء، فكان بمنزلة أن يقول دفعت إليّ المال أو قبضته منك وهو إقرار بالقبض فلا يكون لربّ الدين مطالبة من الكفيل ولا من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل. والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الأصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصيل لأن ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلا يكون إقراراً بالإيفاء وهاتان بالاتفاق. والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه. قال محمد رحمه الله: هو مثل أن يقول أبرأتك لأنه يحتمل البراءة بالأداء والبراءة بالإبراء والثانية أدناهما فتثبت قوله: **(ولا يرجع الكفيل بالشك)** يجوز أن يكون دليلاً آخر، وتوجيهه أن يقال تيقناً بحصول البراءة بأي الأمرين كان وشككنا في الرجوع، لأن البراءة إن كانت بالأداء رجع الكفيل، وإن كانت بالإبراء لم يرجع فلا يرجع بالشك. وقال أبو يوسف: هو مثل أن يقول برئت إليّ لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب، فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك إنما يكون بفعل يضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قمت وقعدت مثلاً وهو فيما نحن فيه الإيفاء لأنه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وإن لم يوجد من الطالب صنع؛ فأما البراءة بالإبراء فمما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة. وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف رحمهما الله في هذه المسألة، وكأنّ المصنف اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير إليه أولى.

قال المصنف: **(لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره)** أقول: الضمير في قوله لأنه راجع إلى ما في ضمن أبرأتك من البراءة، والمعنى لأن البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهي.

إقراراً بالإيفاء. ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك. وقال أبو يوسف رحمه الله: هو مثل الأول لأنه أقرّ ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون الإبراء. وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل.

لفظة الحل تستعمل في البراءة كالإبراء دون البراءة بالقبض. قالوا في شروح الجامع الصغير: هذا إذا كان الطالب غائباً، فأما إذا كان حاضراً يرجع إليه في البيان أنه قبض أو لم يقبض لأن الأصل في الإجمال أن يرجع فيه إلى المجمل في البيان، والمراد من المجمل هنا ما يحتاج إلى تأمل ويحتمل المجاز وإن كان بعيداً كما يحتمل قوله برئت إليّ معنى لأني أبرأتك لا حقيقة المجمل: يعني يرجع إليه إذا كان حاضراً لإزالة الاحتمالات، خصوصاً إن كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً، منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض، ومنهم من يقصد الإبراء قوله: **(ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط)** أي بالشرط المتعارف مثل إن عجلت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل يشكل بما إذا قال الكفيل بالمال على أني إن وافيت به غدا فأنا بريء من المال فوافاه به بريء من المال لأن هذا شرط ملائم، على أنه لا ورود له لأن الفرض أن فيه روايتين فهذا الفرع شاهد إحداهما **(ويروى أنه يجوز)** وهو أوجه لأن المنع لمعنى التمليك وذاك يتحقق بالنسبة إلى المطلوب، أما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة **(فكان)** إبراؤه **(إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يرتدّ بالرد من الكفيل بخلاف الأصيل)** لا يصح تعليقه لأن فيه معنى تمليك المال. وقوله: **(كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به)** كنفس **(الحدود و)** نفس **(القصاص)** إذ لا يقتل الكفيل بدلاً عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم قوله: **(وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافاً للشافعي)** اعلم أن الأعيان إما مضمونة على الأصيل أو غير مضمونة، فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر، والمضمونة إما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فإنه مضمون بالثمن والرهن فإنه مضمون بالدين فالثلاثة الأول لا تصح الكفالة بها أصلاً بناء على أنها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء. وقالوا: رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها، بخلاف العارية فإن تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها، وكذا الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى أنه بعينه يجب على الكفيل، فإن هلك فعليه بدله لأن هذا القدر لا يجب على الأصيل، بل لو هلك المبيع إنما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره، والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل، وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا، ومتى هلك فلا شيء على الكفيل، وفائدته حينئذ إلزام إحضار العين وتسليمها، ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء،

وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل، وأما إذا كان غائباً فالاستدلال على الوجوه المذكورة. واعترض بوجهين: أحدهما هو أن المجمل ما لا يمكن العمل به إلا ببيان المجمل، وقد ظهر مما ذكر أن العمل به ممكن. والثاني أن حكم المجمل التوقف قبل البيان، وهاهنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الأول والثاني بالإثبات والنفي فكيف يكون مجملاً مع انتفاء لازمه. وأجيب بأن قوله برئت إلي وإن كان بمنزلة الصريح في حق إيفاء للكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت إليّ لأني أبرأتك وإن كان بعيداً عن الاستعمال. وما ذكروه في تعليل الأوجه الثلاثة استدلالي لا صريح في الإيفاء وغير الإيفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص، فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وإن كان واضحاً في دلالته على المراد، وكونه غير صريح في الإيفاء والإبراء هو الذي سوّغ استعمال لفظ المجمل، والرجوع إلى بيان الطالب صريحاً وقت

قال: **(ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط)** لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات. ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يرتدّ الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل.

وما ذكر شمس الأئمة السرخسي أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل، فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وكذا في المبسوط، ونص القدوري أنها بتسليم المبيع جائزة، ونص في التحفة على جميع ما أوردناه أن الكفالة بالتسليم صحيحة. والوجه عندي أن لا فرق بين الثلاثة الأول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الأمانات، إذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب، فإن قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردّها إليه فنقول: فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويخلي بينه وبينها بعد إحضاره إليها، ونحن نعني بوجوب الرد ما هو أعم من هذا، ومن حمل المردود إليه. قال في الذخيرة: الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة، وأما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها، ويجب على الكفيل ما يجب على الأصيل وهو دفع العين، فإن عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل. وفي المبسوط: ادعى عبداً في يد رجل فلم يقدمه إلى القاضي وأخذ منه كفيلاً بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب وأقام المدعي البينة أن العبد عبده يقضي القاضي بقيمته على المطلوب، وإن شاء على الكفيل لأن بالبينة ظهر أن العبد كان مغصوباً والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين، كما أن الواجب على الأصيل كذلك، والقول قول الكفيل في قيمته لإنكاره الزيادة كالأصيل: أعني الغاصب، فإن أقرّ الغاصب بأكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل. وفي المبسوط: كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شيء لأن عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتهن، ولا يضمن الكفيل شيئاً من ذلك بالكفالة، ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلاً ضمن الكفيل مائة لأنه التزم بالكفالة ديناً مضموناً في ذمة الأصيل، ولو استعار الراهن المرهون من

حضوره ليكون العمل به عملاً بدليل لا شبهة فيه، وهذا تطويل لا طائل تحته إن كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي، وإن كان المراد به المجمل اللغوي وهو ما كان فيه إبهام فالخطب إذاً يهون هوناً. قال: **(ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ)** تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول إذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة لا يجوز لأنها ليست بإسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات، والتعليق إنما يصح في الإسقاط المحض. وردّ بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال إن وافيتك به غداً فأنا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال فقد جوّز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به، والمسألة في الإيضاح، ويروى أنه يصح لأنها إسقاط محض كالطلاق، لأن على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالردّ بخلاف إبراء الأصيل والإسقاط المحض يصح تعليقه. وقيل في وجه اختلاف الروايتين إن عدم الجواز إنما هو إذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله إذا جاء غد ونحوه لأنه غير متعارف فيما بين الناس، كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل، فأما إذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسألة المنقولة من الإيضاح فإن الطالب له فيه نفع لما فيه من إبراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل؛ ألا ترى أن صاحب الدين إذا قال عجل خمسمائة على أني أبرأتك من الباقي كان صحيحاً، وإن علق البراءة على البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما إذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله. قال: **(وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به الخ)** ذكر ضابطاً لما لا تصح الكفالة به. ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لأن إمكان الضرب أو حزّ الرقبة ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعاً، وعبر عنه بعدم

قوله: **(فإن كان الأول)** أقول: ويجوز أن يعكس فيتبين ببطلان الأول بما ذكره في وجه بطلان الثاني وبالعكس، بل هذا أظهر.

قال: (**وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص**) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه، وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة.

قال: (**وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز**) لأنه دين كسائر الديون (**وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح**) لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب، لا بما كان مضموناً بغيره

المرتهن على أن أعطاه كفيلاً به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لأنه لا ضمان للمرتهن على الأصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضاً، ولو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لأن الراهن ضامن مالية العين هنا؛ ألا ترى أنه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب، ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضعين، وقدمنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شيء على الكفيل؛ ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لأن الأجارة تنفسخ به وخرج الأصيل من أن يكون مطالباً بتسليم العين، وإنما وجب رد الأجرة والكفيل ما كفل الأجر

قوله: (**ومن استأجر دابة للحمل، فإن كانت بعينها**) أي آجره أن يحمله على هذه الدابة (**لا تصح الكفالة لأنه عاجز عن الفعل**) الواجب على الأصيل وهو حمله على هذه الدابة لأنه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها (**وإن كانت بغير عينها جازت لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه**) أو على دابة يستأجرها (**والحمل هو المستحق**) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (**ووازنه من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا**) من أنه عاجز عنه إذ لا يملك العبد، أما لو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف، ولو هلك لا شيء على الكفيل. وقال شارح في الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بأن الدابة إذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل، فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الأصيل فلا تصح، بخلاف ما إذا كانت غير معينة لأن الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى. واعترض الأصحاب بأن الواجب إن كان ليس إلا تسليم الدابة المعينة بسبب أن تحميله الذي هو فعله غير معقود عليه، وإنما المعقود عليه حمل الدابة

الإمكان مبالغة في نفي الصحة، فإذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه، لأن الاستيفاء يعتمد الإيجاب عليه وهو متعذر. إذ الوجوب عليه، إما أن يكون أصالة والفرض خلافه، أو نيابة وهي لا تجري في العقوبات. قالوا: لأن المقصود هو الزجر وهو بالإقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك، وهو أن الزجر إما أن يكون للجاني بأن لا يعود إلى مثل ما فعل أو لغيره، فإن كان الأول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتهتكين يعودون إلى الجناية وإن كان الثاني فقد يحصل المقصود بالإقامة على النائب هذا في الحدود وأما في القصاص فالأول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا محالة. والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى، فإنه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع. قال: (**وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ**) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لأنه دين صحيح كسائر الديون، وعلى هذا يكون ذكره تمهيداً لذكر الكفالة بالمبيع والأعيان المذكورة بعده. واعلم أن الأعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الأولية إلى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة، وإلى ما هو مضمون. ثم المضمون ينقسم إلى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون، وإلى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها إما أن تكون بذواتها أو بتسليمها، فإن كان الأول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضموناً

قوله: (**فقد لا يحصل المقصود**) أقول: تأمل فإن عدم الحصول نادر لا يضرنا قوله: (**وما لم تجب قيمته عند الهلاك**) أقول: الموصول عبارة من الأعيان المضمونة.

كالمبيع والمرهون، ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة. ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلاً واجباً.

قال: **(ومن استأجر دابة للحمل عليها، فإن كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل)** لأنه عاجز عنه **(وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة)** لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق **(وكذا من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل)** لما بينا.

فكذلك إجارة حمله على دابة إلى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أيّ دابة كانت إذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لأنه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق، فينبغي أن لا تجوز الكفالة فيه أيضاً لأن الحمل أيضاً غير واجب على الأصيل بعين ما في التي قبلها. والحاصل أنه إن كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغي أن تصح الكفالة فيهما لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة، ولم يمنع منه كون المستأجر ملكاً لغير الكفيل، وإن كان التحميل ينبغي أن لا تصح فيهما لأن التحميل غير واجب على الأصيل. والحق أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والإذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب، وما ذكرنا من الحمل عليها، ففي المعينة لا يقدر على الإذن في تحميلها إذ ليست له ولاية عليها ليصح إذنه الذي هو معنى الحمل، وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها قوله: **(ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يجوز إذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ)** أي نسخ كفالة الأصل عن أبي يوسف **(الإجازة)** بل إنه نافذ إن كان المكفول له غائباً وهو الأظهر عنه. والحاصل أن عنه روايتين **(والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً)** وجه رواية النفاذ **(أنه التزام فيستبد به الملتزم)** ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لأن حكمه لا يوجب عليه شيئاً لأنه مختار في المطالبة لا

بالغير، وتصح فيما يكون مضموناً بنفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشتري إن هلك المبيع فعليّ بدله لأنه غير مضمون بغيره وهو الثمن، ولا بالمرهون لأنه مضمون بالدين، ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لأنها أمانة، وتجوز في المبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب. ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائماً، وتسليم قيمته عند الهلاك لأنها أعيان مضمونة بعينها، ومعنى ذلك أن تجب قيمتها عند الهلاك، وما لم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر، ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالأعيان مطلقاً بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الأعيان، وأن شرط صحتها قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الأعيان. وقلنا بناء على أصلنا إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضموناً على الأصيل لا محالة، والأمانات ليست كذلك، والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن، والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الأصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد، ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفياً لدينه ولا تلزمه مطالبته فلا تتصور الكفالة وإن كان الثاني: أعني الكفالة بتسليم الأعيان المذكورة، فما كان مضموناً بغيره كالمبيع إذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن، والمرهون إذا كفل عن المرتهن بتسليمه إلى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز. وذكر في الذخيرة أن الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين، ولعل محمله اختلاف الروايتين، فإن هلك المبيع فلا شيء على الكفيل

قوله: **(فإن الواجب فيها عدم المنع الخ)** أقول: هو أيضاً يعد تسليماً فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا قوله: **(قيل وهذا ليس بصواب)** أقول: القائل هو الكاكي.

قوله: **(وما ذكرنا في الإيضاح)** أقول: قوله وما ذكرنا مبتدأ خبره يجيء بعد سطرين وهو قوله غير دافع الخ قوله: **(لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة الخ)** أقول: لعل المراد من قوله متصور في الجملة أن التسليم متصور إما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته، ولا يستقيم ذلك في الحمل على دابة معينة فليتأمل.

قال: **(ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله قولاً آخراً: يجوز إذا بلغه أجاز، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة، والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً. له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم، وهذا وجه هذه الرواية عنه. ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح. ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس **(إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما عليّ من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز)** لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسمّ المكفول لهم، ولهذا قالوا إنما تصح

ملزوم، فإن رأى مطالبته طالبه وإلا لا. وأحال المصنف وجه التوقف على ما ذكره في الفضولي في النكاح وهو أن شطر العقد يتوقف حتى إذا عقد فضولي لامرأة على آخر توقف على الإجازة كما إذا كان عقداً تاماً بأن خاطب عنه فضولي آخر وعندهما لا يتوقف إلا أن خاطبه فضولي آخر فلا يتوقف عندهما إلا العقد التام **(ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود)** من الموجب وحده **(شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس)** وهذا يقتضي أنه لو تم عقداً بقبول فضولي آخر توقف، وقد صرح بذلك عندهما. قالوا: إذا قبل عنه قابل توقف بالإجماع، وحينئذ قوله في وضع المسألة لا تصح إلا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح، بل الشرط أن يقبل في المجلس إن كان حاضراً فتنفذ، أو يقبل عنه فضولي آخر إن كان غائباً فتتوقف إلى إجازته أو ردّ، وقوله: **(إلا في مسألة واحدة)** استثناء من قوله لا تصح إلا بقبول المكفول له في المجلس، فإن هذه المسألة صحت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولي عنه **(وهي أن يقول المريض)** المديون **(لوارثه تكفل عني بما عليّ من الدين فكفل)** عنه **(به مع غيبة الغرماء)** فإنه يصح استحساناً فللغرماء مطالبته. وذكر للاستحسان وجهين: أحدهما أن قوله تكفل عني وصية: أي فيه معنى الوصية، إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك، وقد ذكر في المبسوط أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة، وإذا كان بمعنى الوصية فكأنه إنما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم إذا قالوا تكفلنا بها، فلذا قال المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه، ولو كان حقيقة الكفالة لأخذوا بها حيث تكفلوا. ثانيهما ما ذكر في المبسوط والإيضاح أن حق

لأن العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن، وإن هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لأن عين الرهن إن كان بمقدار الدين أو زائداً عليه والزيادة عليه من ماليته كان أمانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها. وما كان أمانة فإن كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فإن الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم، ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه، كما لا تجوز بعينها. وإن كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم إذا ضمن رجل تسليمه إلى المستأجر كمن استأجر دابة وعجل الأجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها ما دامت حية فإن هلكت فليس على الكفيل شيء لأن الإجارة انفسخت وخرج الأصيل عن كونه مطالباً بتسليمها، وإنما عليه ردّ الأجر والكفيل ما كفل به، وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة إشارة إلى عدم جوازه، وأظنه تابع شمس الأئمة السرخسي في ذلك فإنه قال: الكفالة بتسليم العارية باطلة، قيل وهذا ليس بصواب، فقد نص محمد رحمه الله في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وفيه نظر لأن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها قوله: **(لأنه التزم فعلاً واجباً)** دليل لما ذكره، وفيه إشارة إلى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه قوله: **(ومن استأجر دابة للحمل)** علم أن من استأجر دابة معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفاً، وإن استأجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لأن المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل

قوله: **(لأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد)** أقول: أي من محمد فلا يرد شيء تأمل قوله: **(فالموجود في بعضها الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(في بعض مواضع نسخ المبسوط)** أقول: فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من البين والأمر هين قوله: **(ومنع كونه التزاماً فقط)** أقول: مستنداً بأنه عقد التبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول قوله: **(وبأن الإقرار الخ)** أقول: في العطف تأمل.

إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه، وإنما يصح بهذا اللفظ، ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح، ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه.

الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار، فنزل نائباً عن الغرماء المكفول لهم عاملاً لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته، وفيه نفع للطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه. فإن قيل: غاية الأمر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فإن الصادر منه حينئذ قوله تكفل، ولو قال تكفل لي بما لي على فلان فقال كفلت لا يتم إلا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه، كالبيع إذا قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت. أجاب المصنف بقوله **(إنما لا يشترط القبول)** بعد قول الوارث تكفلت **(لأنه)** أي لأن قوله تكفلت **(لا يراد به المساومة)** وإنما احتيج في البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهنا لا يراد به إلا التحقيق بدلالة هذه الحالة، فإن حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده إلى تحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها **(فصار)** الأمر هنا **(كالأمر بالنكاح)** فيما لو قال زوجني بنتك فقال زوجتكها انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجري فيه المساومة **(ولو قال المريض ذلك لأجنبي)** فضمن **(اختلف المشايخ)** منهم من قال لا يجوز لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الأجنبي

على دابة نفسه، وإن استأجرها معينة لأن الدابة المعينة ليست في ملكه، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة، وفيه نظر لأن عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالأعيان مطلقاً كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله، واستدل به على عدم جوازها في الأعيان مطلقاً، وما ذكر في الإيضاح جواباً للشافعي رحمه الله، وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الأعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه، لأن ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع، لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضاً **(وكذا)** **(إذا استأجر عبداً بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا)** أنه عاجز عما كفل به. قال: **(ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس الخ)** لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف أوّلاً، وقال آخراً: تجوز إذا أجاز حين بلغه، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة، قيل: أي نسخ كفالة المبسوط. وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وإنما هي نسخة واحدة، فالموجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أو زيادته في آخر، وذكر في الإيضاح. وقال أبو يوسف: يجوز، ثم قال: وذكر قوله في الأصل في موضعين، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر، وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط، وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعاً. لأبي يوسف رحمه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الإجازة فيها أنه تصرف التزام وهو ظاهر، وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالإقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاماً فقط، وبأن الإقرار إخبار عن واجب سابق والإخبار

قوله: **(وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة)** أقول: الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعد ما كفل الوارث بل يكفيه أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني، ولا أدري كيف يذهب إلى ما ذكره. وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته في الكلام على ما لا يخفى قوله: **(فمنهم من لم يصحح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب دينه لا في الحياة ولا بعد موته الخ)** أقول: بخلاف الوارث إذا كان فإنه مطالب بعد موت المكفول عنه لانتقال ما يملكه إليه وتعلق حق الطالب بتركته. الحاصل أن الوارث إذا كان مطالباً بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركته وكون الوارث أقرب الناس إليه حتى خلفه في ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به، وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة، بخلاف الأجنبي لأنه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلاً، فما لم تتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافترقا. ولقائل أن يقول: إذا كان الوارث مطالباً بدينه في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا تجوز كفالته، فإذا جاز كفالة الوجهين المذكورين في الكتاب فكفالة الأجنب وهي سالم من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل.

قال: **(وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا تصح)** لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب، ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة، ولو تبرع به إنسان يصح، وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال. وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة

والصحيح سواء، ولو قال ذلك لأجنبي أو لوارثه لا يصح إلا أن يقبل الطالب، منهم من قال يصح من الأجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أوجه، وما في المبسوط من قوله وهذا من المريض صحيح وإن لم يبين الدين ولا صاحب الدين فإنه إنما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه، والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنى على غير الوجه الأرجح وهو أنها كفالة، ولا حاجة إلى ذلك بل هي كفالة،

يتم بالمخبر والنذر من العبادات، ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به. وله في وجه رواية التوقف على الإجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو أن يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد، ومنع عدم الضرر بجواز رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل عن حق الطالب، كما هو مذهب بعض العلماء في أن الكفالة إذا صحت برىء الأصيل وفي ذلك ضرر على الطالب. ولهما أن في عقد الكفالة معنى التمليك لأن فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول، والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس، وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على إجازته لوجود شطريه. قال: **(إلا في مسألة واحدة الخ)** استثناء من قوله لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له فكأنه قال: لا يصح ذلك عندهما إلا في مسألة واحدة استحساناً. والقياس عدمها لما مر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله، ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لأجنبي لم يصح فكذا المريض. وللاستحسان وجهان: أحدهما أن يقال إذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما عليّ من الدين فكأنه قال أوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسمّ المكفول لهم، وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ: إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصحيحاً لمعنى الوصية، وإذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطاً. قيل في كلام المصنف تسامح لأنه في معنى الوصية لا أنه وصية من كل وجه، لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض. وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لأنه قال: لأن ذلك وصية في الحقيقة، ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما إذا دل لفظ بظاهره على معنى وإذا نظر في معناه يؤول إلى معنى آخر، وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة. والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه: أي إلى قيامه في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة. والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه: أي إلى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن أبيك لي. فإن قيل: قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وإنما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط هاهنا. أجاب المصنف بقوله: **(وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق)** أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقق الكفالة لا المساومة نظراً إلى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالأمر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فإن ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت، وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء، وتمثيله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما، ويجوز أن يكونا مسلكين في هذه المسألة. قال: **(ولو قال المريض ذلك لأجنبيّ اختلف المشايخ الخ)** إذا قال المريض لأجنبيّ تكفل عني بما عليّ من الدين ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ؛ فمنهم من لم يصحح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء، ولو قال الصحيح ذلك لأجنبيّ أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له، فكذا المريض. ومنهم من صححه لأن المريض قصد به النظر لنفسه والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم، ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان، ولهذا جاز مع جهالة المكفول له، وجواز ذلك في المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها. قال: **(وإذا مات الرجل وعليه ديون الخ)** إذا مات المديون مفلساً ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه إنسان وارثاً كان أو أجنبياً

ولهذا يوصف بالوجوب. لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة، والتبرع لا يعتمد قيام الدين، وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق.

وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضرّ في الكفالة، وقد فرض أن المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولاً حكماً لهذا الاعتبار قوله: **(وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً)** بل مات مفلساً **(فتكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد)** والأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم **(تصح لأنه كفل بدين ثابت)** لعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»[1] ولما روي: «أنه ﷺ أتي بجنازة أنصاري فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان أو ديناران، فقال: صلوا على صاحبكم، فقام أبو قتادة وقال: هما عليّ فصلى ﷺ عليه»[2] فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة، ولأنه كفل بدين ثابت **(لأنه)** أي الدين **(وجب)** في حياته **(لحق الطالب)** وهو باق **(ولم يوجد المسقط)** وهو الأداء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك، ويدل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة **(و)** أنه **(لو تبرّع به إنسان جاز)** أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه، وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة، ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط)** في حكم الدنيا لا مطلقاً، والكفالة من أحكام الدنيا لأنها توثق ليأخذه فيها لا في الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين **(كذلك، ولأن الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)** والموصوف بالأحكام الأفعال **(وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه)** هو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في أحكام الدنيا ضرورة **(والتبرع لا يعتمد قيام الدين)** ولو كان بقيد الإضافة: أي التبرع بالدين وهو الحق فإنما يعتمد قيامه بالنسبة إلى من عليه دون من له، والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والأصيل لأنه التزام ما على الأصيل للمكفول له، ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته، بخلاف الكفالة بعد موته فإنها كفالة بعد السقوط **(ولو كان له مال فالإفضاء إلى الأداء باق)** فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت المليء.

لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هي صحيحة وهو قول الأئمة الثلاثة. ولهما أن الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل، وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة. وإنما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه ديناً صحيحاً هو المفروض، وثبوته إما أن يكون بالنسبة إلى الدنيا أو الآخرة. لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة، وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضاً لأنه وجب لحق الطالب بلا خلاف، وما وجب لا ينتفي إلا بإبراء من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله، فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل، ومما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به إنسان صح، ولو برىء المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع، وإذا كان به كفيل أو له مال فإن الدين باق بالاتفاق، فدل على أن الموت لا يغير وصف الثبوت، ومما يدل على ذلك أن المشتري لو مات مفلساً قبل أداء الثمن لم يبطل العقد؛ ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلساً لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن، ولما لم يبطل هاهنا علم أن الدين باق عليه في أحكام الدنيا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة، والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة، ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة أن المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب، يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة، والوصف بالوجوب حقيقة إنما هو في الأفعال فإن قلت: لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للمأمور به، وإن قلت فقد يقال المال واجب أجاب المصنف بقوله: (لكنه) أي

---

(١) تقدم في أول الباب وإسناده جيد.

(٢) تقدم أيضاً في أول الباب مستوفياً رواه الجماعة.

قال: **(ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها)** لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي، ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة

وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح أنشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلا من إنشائها والإخبار بها على حد سواء، ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع، ويحتمل الوعد بها وإن كان مرجوحاً، وامتناعه ﷺ من الصلاة عليه[1] ليظهر طريق إيفائهما لا بقيد طريق الكفالة، فلما ظهر بوعدها أو بالإقرار بالكفالة بهما حصل المقصود فصلى عليه. ونوقض إثبات سقوط الدين بمسائل: أحدها لو مات المشتري مفلساً قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع، ولو سقط الثمن بطل، ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة إلى الدنيا لا يبطل الدين. ثانيها أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله إذا مات مفلساً ولو سقط في أحكام الدنيا لم تبق الكفالة. ثالثها لو كان بالدين رهن بقي الدين عليه بعد موته مفلساً وبقاء الرهن إنما يكون ببقاء الدين، ولأن تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة، كالعبد المحجور إذا أقرّ بدين فكفل عنه به كفيل صح وإن كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت. أجيب عن الأول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الأصيل كما ذكرنا، وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتقدر بقدر الضرورة. وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد. وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن. وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتتأخر المطالبة لحق المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلس الحيّ وإن كان لا يطالب به قوله: **(ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه)** أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل **(الألف)** التي كفل بها **(قبل أن يعطيه)** أي قبل أن يعطي الكفيل الألف **(صاحب المال)** وذكر ضمير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به لازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه **(فليس له)** أي ليس للرجل المكفول عنه **(أن يرجع فيها)** وهو وجه للشافعي. وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول. مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يقض الأصيل، ونحن نبين أنه يملكه وأن الأمانة ما إذا كان دفعه إلى الكفيل

الدين **(في الحكم مال)** لأن تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال، فوصف المال بالوجوب لأن الأداء الموصوف به يؤول إليه في المآل فكان وصفاً مجازياً. فإن قلت: العجز بنفسه وبخلقه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقرّ بدين فإنها تصح، وإن تعذر المطالبة في حالة الرق. قلنا: غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبق أهلاً للوجوب عليها، وهذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط، وسيذكر السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان أحذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن إعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتي قوله: **(والتبرع لا يعتمد قيام الدين)** جواب عما قالا

قوله: **(والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه الخ)** أقول: فيه شيء قوله: **(فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير الخ)** أقول: من أنه صفة إضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم، هذا ما ذكره في التقرير قبيل صفة الحسن للمأمور به ففي كلامه مساهلة قوله: **(ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة الخ)** أقول: أنت خبير بأن منع المقدمة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدده كذلك، فإن قوله وجب لحق الطالب الخ إشارة إلى دليل الثبوت فليتأمل قوله: **(وسيذكر السند بقوله الخ)** أقول: ذلك القول دليل السند كما لا يخفى.

---

(١) مراده حديث من تحمل أبو قتادة الوفاء عنه تقدم في أول الباب.

في يده **(وإن ربح الكفيل فيه فهو لا يتصدق به)** لأنه ملكه حين قبضه، أما إذا قضى الدين فظاهر، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه، إلا أنه أخرت

على وجه الرسالة إلى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه، وهذا الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما المصنف **(لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال)** إلحاقاً بالزكاة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعاً ما بقي هذا الاحتمال **(و)** الوجه الثاني **(أنه)** أي القابض **(ملكه بالقبض على ما نذكر)** يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب

ولو تبرع به إنسان صح يعني أن التبرع لا يعتمد قيام الدين، فإن من قال لفلان عليّ ألف درهم وأنا كفيل به صحت الكفالة وعليه أداؤه وإن لم يوجد الدين أصلاً، ولأن بطلان الدين إنما هو في حق الميت لا المستحق لأن الموت يخرج من قام به عن المحلية، وإذا كان باقياً في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير، وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلساً لبقائه في حق البائع، فإن السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى إلى غيره، بخلاف الفلوس إذا كسدت فإن الملك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد قوله: **(وإذا كان به كفيل)** جواب عن قولهما وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو له مال. وبيانه أن القدرة شرط الفعل إما بنفس القادر أو بخلفه، وإذا كان به كفيل أو له مال، فإن انتفى القادر فخلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق قوله: **(أو الإفضاء)** على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل، وكأنه قال الكفيل والمال إن لم يكونا خلفين فالإفضاء **(إلى الأداء)** بوجودهما **(باق)** بخلاف ما إذا عدما، ويجوز أن يكون في الكلام لفّ ونشر، وتقديره فخلفه وهو الوكيل أو الإفضاء إلى ما يفضي إلى الأداء وهو المال باق، وعلى هذا يشترط في القدرة، إما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضي إلى الأداء، وقد وقع في بعض النسخ إذ الإفضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه، وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله:

نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض والرأي مختلف

ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لأن رجاء الأداء منهما باق، فإن الخلف ما به يحصل كفاية أمر الأصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين، وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالأولى. فإن قيل: إن استدل الخصم بإطلاق قوله ﷺ: «الزعيم غارم» فإنه لا يفصل بين الحيّ والميت، وبما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة أنصاري ليصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام: فهل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان أو ديناران، فامتنع من الصلاة عليه وقال: صلوا على صاحبكم، فقام عليّ أو أبو قتادة رضي الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما عليّ يا رسول الله، فصلى رسول الله ﷺ» ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك؟ فالجواب أن قوله: «الزعيم غارم» يدل على أن الكفيل يغرم ما كفل به، والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أو لا، وأما حديث الأنصاري فإنه يحتمل أن يكون ذلك من عليّ أو أبي قتادة إقراراً بكفالة سابقة، فإن لفظ الإقرار والإنشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال. ويحتمل أن يكون وعداً بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام» كان يقول لعليّ ما فعل الديناران؟ حتى قال يوماً قضيتهما فقال: «الآن بردت عليه جلدته» ولم يجبره على الأداء، ولو كان كفالة لأجبره على ذلك. والحق أن من قال بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم أليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم. قال: **(ومن كفل عن رجل بألف الخ)** رجل كفل عن رجل بأمره بألف عليه فقضى الأصيل الكفيل الألف قبل أن يعطي الكفيل الألف صاحب المال، فلا يخلو إما أن يكون قضاه على وجه الاقتضاء بأن دفع المال إليه وقال إني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك

قوله: **(فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم غارم» الخ)** أقول: لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل قوله: **(ولو كان كفالة لأجبره على ذلك)** أقول: في الملازمة كلام، فإن الإجبار موقوف على طلب الدائن حقه قوله: **(والحق، إلى قوله: لعدم ما يضم إليه)** أقول: لعلهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الأصول لا أنها تخرب قال المصنف: **(فليس له أن يرجع فيها)** أقول: الضمير المؤنث في فيها راجع إلى الألف على تأويل الدراهم قوله: **(لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز)** أقول: قال الإتقاني: وهنا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقاً للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شيء.

المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل، ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح، فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع **(ولو كانت الكفالة بكرّ حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم)** لما بينا أنه ملكه **(قال: وأحب إليّ أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير، وقال أبو يوسف

الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله: **(لأنه ملكه حين قبضه. أما إذا قضى الدين فظاهر، وكذا لو قضى المطلوب بنفسه)** الدين ولم يقض الكفيل **(وثبت)** للمطلوب **(الاسترداد)** بما دفع للكفيل، وإنما حكمنا بثبوت ملكه إذا قضى الأصيل بنفسه **(لأنه)** أي الكفيل **(وجب له)** بمجرد الكفالة **(على الأصيل مثل ما وجب للطالب)** على الكفيل وهو المطالبة **(إلا)** أي لكن **(أخرت مطالبة الكفيل إلى أدائه فنزل) ما** للكفيل على الأصيل **(بمنزلة الدين المؤجل)** ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا **(ولهذا)** أي والدليل أن الكفيل حق المطالبة متأخراً أنه **(لو أبرأ الكفيل الأصيل قبل أدائه)** أي قبل أداء الكفيل **(يصح)** حتى لا يرجع على الأصيل بعد ذلك إذا أدى وجاز أخذ الكفيل من الأصيل رهناً به قبل أدائه **(فكذا إذا قبضه يملكه)** يعني إذا كان بحيث يصح الإبراء منه كان بحيث يملكه إذا قبضه، وإذا ملكه كان الربح له **(إلا)** أي لكن استثناء منقطع **(فيه نوع خبث)** على قول أبي حنيفة

حقه فنخذها قبل أن تؤدي فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الأصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع إلى الطالب، فإن كان الأول فليس للأصيل أن يرجع فيها: أي في الألف المدفوع، وأنثه باعتبار الدراهم، لأنه تعلق به حق القابض وهو الكفيل عل احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال بأداءا لأصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقياً لئلا يكون سعياً في نقض ما أوجبه، وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها إلى الساعي لأنه ليس له أن يستردها لأن الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول، فما دام الاحتمال باقياً ليس له الرجوع، ولأن الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره، وإن كان الثاني فليس له أن يسترده أيضاً لأنه تعلق بالمؤدي حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لأنه تمحض في يده أمانة، فإن تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدّق به لأنه ملكه حين قبضه، والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة. وإنما قلنا إنه ملكه حين قبضه لأن قضاء الدين إما أن يحصل من الكفيل أو من الأصيل، فإن كان الأول فظاهر لأنه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلاً، وإن كان الثاني فلأنه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل. قال في النهاية: وذلك لأن الكفالة توجب دينين: ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه، لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه إلى ما بعد الأداء، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً بهذا المال صح بمنزلة ما لو أخذ رهناً بدين مؤجل، ولو أبرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء إلى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز، حتى لو أداه الكفيل إلى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الأصيل. وقال: كذا ذكره الإمام قاضيخان والإمام المحبوبي، وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهراً، والمسائل المستشهد بها، ولكن لا يوافق ما تقدم من أن الصحيح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، فإنه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الأصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الأصيل من المطالبة، إلا أن مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل أخرت إلى وقت الأداء، فنزل ما وجب للكفيل على الأصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل، ولهذا: أي لكونه نازلاً منزلته لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه صح، وكذا إذا أخذ رهناً أو وهبه منه، وإلى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه، ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله: أي الكفالة توجب للكفيل على الأصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة، وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله

قوله: **(والربح الحاصل من ملكه طيب له)** أقول: إذا لم يكن مانع كما في مسألة الكر قوله: **(قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ)** أقول: كما في شرح الإتقاني.

ومحمد رحمهما الله: هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه، وعنه أنه يتصدّق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له. وله أنه تمكن الخبث مع الملك، إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه، أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية، ويردّه عليه في رواية لأن الخبث لحقه، وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له.

(نبينه) عما قريب **(فلا يعمل مع الملك فيمن لا يتعين)** وهو الألف التي قضاه إياها لأن الدراهم لا تتعين **(وقد قررناه في البيوع)** في آخر فصل في أحكامه قوله: **(ولو كانت الكفالة بكرّ حنطة)** فدفعه الأصيل إلى الكفيل والباقي بحاله **(فالربح له)** أي الكفيل **(لما بينا أنه ملكه)** أي ملك الكرّ، وإنما بينه في ضمن بيان أنه ملك المقبوض قال: **(وأحبّ إليّ أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه، وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير)** ولا شك أن ضمير قال لأبي حنيفة، فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير إنما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال **(وقالا: هو له لا يرده عليه وهو رواية)** أخرى **(عن أبي حنيفة)** وهو رواية كتاب البيوع من الأصل **(وعنه)** أي عن أبي حنيفة **(رواية)** ثالثة **(أنه يتصدق به)** وهي رواية كتاب الكفالة منه **(لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه)** في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الأصيل الخ **(فيسلم له. ولأبي حنيفة أنه تمكن الخبث مع الملك، إما)** لقصور ملكه بسبب أن الأصيل **(بسبيل من استرداده بأن يقضي)** هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض **(أو لأنه)** إنما **(رضي به)** أي بملك الكفيل فيه **(على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به)** والوجه أن يعطف بالواو فإنهما وجهان لا أن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت، وهو قصورالملك بسبب ثبوت

من المطالبة من أن المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فإن له المطالبة ولا يملك ما قبض. ولعل الصواب أن يكون توجيه كلامه لأنه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل، وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لأن بالنسبة إلى الطالب ليس على الكفيل إلا المطالبة، وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات: دين ومطالبة حالين للطالب على الأصيل، ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، ودين ومطالبة للكفيل على الأصيل، إلا أن المطالبة متأخرة إلى وقت الأداء فيكون دين الكفيل مؤجلاً، ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الأداء كما تقدم. فإن قيل: فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل؟ قلنا: معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة، وفي ذلك إذا قبضه معجلاً ملكه، فكذا هنا، هذا ما سنح لي، **والله أعلم** بالصواب إلا أن فيه: أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الأصيل الدين نوع خبث على مذهب أبي حنيفة بينه في مسألة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين؛ وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد. وأما إذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلاً في قولهم جميعاً. وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه ربح من أصل خبيث، وفي قول أبي يوسف يطيب لأن الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف في الوديعة وربح فإنه على الاختلاف. قال: **(ولو كانت الكفالة بكرّ حنطة الخ)** ما مر كان في حكم الربح فيما لا يتعين، أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين ككرّ من حنطة قبضها الكفيل من الأصيل قبل أن يؤدي إلى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في القضاء لما بينا أنه ملكه. قال أبو حنيفة: وأحبّ إليّ أن يرده على الذي قضاه: يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم، وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله. وفي رواية كتاب البيوع عنه: الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الأصيل، وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله. وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له ويتصدق به. وجه رواية كتاب البيوع وفي دليلهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه، ومن ربح في ملكه يسلم له الربح. ووجه رواية كتاب الكفالة أنه تمكن الخبث مع الملك لأحد الوجهين: إما لأن الأصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضي الكرّ بنفسه، وإن كان كذلك كان الربح حاصلاً في ملك متردد بين أن يقرّ وأن لا يقرّ، ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلاً كان خبيثاً، فإذا كان قاصراً تمكن فيه شبهة الخبث. وإما لأنه رضي به أن يكون المدفوع ملكاً

قال: **(ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه)** ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة؛ سمى به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل. ثم قيل: هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله عليّ وهو فاسد وليس بتوكيل. وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين، وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين، وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح: أي الزيادة عليه لأنه العاقد.

تلك الخبثية وعدم رضا الأصيل بملك الكفيل بما دفعه إليه إلا على ذلك التقدير وهو منتف **(وهذا الخبث يعمل فيما يتعين)** وهو الكرّ لا فيما لا يتعين كالألف مثلاً **(فيكون سبيله التصدق في رواية، ويرده عليه في رواية)** أخرى **(وهي الأصح لأن الخبث لحق الأصيل)** لا لحق الشرع فيرده إليه ليصل إلى حقه **(لأن الحق له)** وهذا يفيد أنه يطيب له فقيراً كان أو غنياً، وفيه روايتان، والأوجه طيبه له وإن كان غنياً لما ذكرنا من أن الحق له **(إلا أنه استحباب لا جبر)** لأن الملك للكفيل. واعلم أنه تكرر في هذه المسألة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال أوّلاً أحبّ إليّ أن يرده ولا يجب في الحكم: أي في القضاء. وثانياً لكنه استحباب لا جبر: يعني لا يجبره الحاكم على ذلك، فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبره القاضي ولكن يفعله هو، ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى، إذ قد عرف أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه فجاز أن يكون واجباً فيما بينه وبين الله تعالى، وهو مستحبّ في القضاء غير مجبور عليه، والعبارة المنقولة عن فخر الإسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان. قال: ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مملوك له ملكاً فاسداً من وجه. فإن للأصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه، واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد، وإنما قلنا حال قيام الكفالة لأن الكفالة لا تبطل بأداء الأصيل ولكن تنتهي كما لو أدى الكفيل بنفسه، فكان المقبوض ملكاً فاسداً من وجه صحيحاً من وجه، ولو كان فاسداً من كل وجه بأن اشترى مكيلاً أو موزوناً ملكاً فاسداً وربح فيه يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك، لأن الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه، كالغاصب إذا أجر المغصوب ثم رده فإن الأجر له يتصدّق به أو يرده على المغصوب منه، فكذا في الملك الفاسد من كل وجه، ولو كان الملك صحيحاً من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده، فإذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الأصيل عملاً بالشبهين بقدر الإمكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو

للكفيل على اعتبار قضائه فإذا قضاه الأصيل بنفسه لم يكن راضياً به فتمكن فيه الخبث، وهذا الخبث: أي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أوّل الكلام، وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع، فهذا الخبث يعمل في الكرّ لأنه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به. ووجه رواية الجامع الصغير أن الخبث لحقه: أي لحق الذي قضاه، فإذا رد إليه وصل الحق إلى مستحقه، وهذا أصح لأن الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر؛ فإذا ردّ عليه فإن كان فقيراً طاب له، وإن كان غنياً ففيه روايتان. قال الإمام فخر الإسلام: والأشبه أن يطيب له لأنه إنما ردّ عليه باعتبار أنه حقه، هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء، وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل، وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب. قال: **(ومن كفل عن رجل بألف الخ)** إذا أمر الأصيل الكفيل أن يعامل إنساناً بطريق العينة، وفسره المصنف بأن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى

قوله: **(وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ)** أقول: يعني ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له.

قال: **(ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته)** لأن المكفول به مال مقضى به وهذا في لفظة القضاء ظاهر، وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله:

التصدق به، غير أنه ترجح الردّ، هذا كله إذا أعطاه على وجه القضاء، فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبي يوسف لما عرف فيمن غصب من إنسان مالا وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لأنه استفاده من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي يوسف مستدلاً بحديث «الخراج بالضمان»[1] قوله: **(ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره)** أي فأمر الكفيل **(الأصيل أن يتعين عليه حريراً)** أي أن يشتري له حريراً بطريق العينة وهو أن يشتري له حريراً بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل، وإنما وسطا الثاني تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وأما تفسيره بأن يستقرض فيأبى المقرض إلا أن يبيعه عيناً تساوي عشرة مثلاً في السوق باثني عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب إلى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا، إذ ليس المراد من قوله تعين عليّ حرير اذهب فاستقرض فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته، بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه، فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشترياً لنفسه والملك له في الحرير والزيادة التي يخسرها عليه لأن هذه العبارة حاصلها **(ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله عليّ)** كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعليّ، وضمان الخسران باطل لأن الضمان لا يكون إلا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد، حتى لو قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعليّ أو قال لمشتري العبد إن أبق عبدك هذا فعليّ لا يصح **(وقيل هو توكيل فاسد)** ومعنى عليّ منصرف إلى الثمن، فإذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لي فهو توكيل لكنه فاسد لأنه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة، كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها، ولو فرضنا أن الثمن معلوم بينهما وهو

عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على الأصيل، وسمى هذا البيع عينة لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه لأن فيه الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم، وكأنّ الكره حصل من المجموع، فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه، والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك، وإلا لكانت المرابحة مكروهة، وإلا لزم الربح للكفيل دون الأصيل لأنه إما كفالة فاسدة على ما قيل نظراً إلى قوله عليّ فإنه كلمة ضمان لكنه فاسد لأن الكفالة والضمان إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه، كرجل قال لآخر بع متاعك في هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن به لك فإنه غير صحيح، وأما وكالة فاسدة نظراً إلى قوله تعين: يعني اشتر لي حريراً بعينه ثم بعه بالنقد بأقل منه واقض ديني، وفسادها باعتبار أن الحرير غير متعين: أي غير معلوم المقدار والثمن كذلك. فإن قيل: الدين معلوم والمأمور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولاً؟ أجاب بقوله الجهالة ما زاد على الدين فإنه داخل في الثمن، وإذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح: أي الزيادة على الدين عليه لأنه هو العاقد. ومن الناس من صوّر للعينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثاً في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب فاثني عشر من المستقرض ثم إن

قوله: **(وعند أبي يوسف يطيب)** أقول: مخالف لما في شرح الكنز للزيلعي من أنه إذا دفع إليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فلطلب التفصيل ثمة إلا أن يكون عن أبي يوسف فيه روايتان.

---

(١) إسناده جيد تقدم مستوفياً.

أطال الله بقاءك، فالدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح. **(ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضي على الكفيل خاصة)** وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق، بخلاف ما تقدم. وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران، لأن الكفالة بأمر تبرع

قدر ما يقع به الإيفاء كان الحاصل اشتر لي حريراً يكون ثمنه الذي تبيعه به في السوق قدر الدين الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لأن الزائد على القدر الذي يقع به الإيفاء غير معلوم **(وكيفما كان)** توكيلاً فاسداً إلا ضماناً باطلاً **(يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة)** التي يخسرها **(عليه لأنه العاقد)** ومن صور العينة أن يقرضه مثلاً خمسة عشر ثم يبيعه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر القرض منه فلم يخرج منه إلا عشرة وثبت له خمسة عشر. ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطاً يشتريه لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه وهو ألف حالة فيدفعها إلى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول. قالوا: وهذا البيع مكروه لقوله ﷺ: «إذا تبايعتم بالعين وتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم»[1] والمراد باتباع أذناب البقر الحرث للزراعة لأنهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن. وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره. وقال محمد رحمه الله: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله ﷺ فقال: «إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم»[2] أي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفي رواية: «سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم»[3] وقيل: إياك والعينة فإنها لعينة. ثم ذموا البياعات الكائنات الآن

المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب إليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه إلى المستقرض فتندفع حاجته، وإنما توسطا بثالث احترازاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. ومنهم من صوّر بغير ذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله ﷺ بذلك فقال: «إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم» وقيل: إياك والعينة فإنها لعينة. قال: **(ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه الخ)** رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البينة حتى يحضر المكفول عنه لأن قبولها يعتمد صحة الدعوى، ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لأن المال المكفول به إما مال مقضيّ به على الأصيل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فإن معنى ذاب تقرر والتقرر إنما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما، وإما مال يقضى به بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله: أطال الله بقاءك فهو وإن كان ضعيفاً لأن إرادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لإطلاقها وتقيد المكفول به، حتى قيل إذا ادعى على الكفيل أن قاضي بلد كذا قضى له على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ، والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسألة إلى أن المكفول به مال قضى أو يقضي به بعد الكفالة والمدعي يدعي ألفاً يصح أن يكون قبل

قوله: **(وهو مذموم الخ)** أقول: لو صح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضاً.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٤٦٢ وابن عدي ٥/ ٣٦١ وأبو نعيم في الحلية ٥/ ٢٠٩ كلهم عن ابن عمر مرفوعاً: إذا تبايعتم بالعِيْنَةِ وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم.
وفيه عطاء الخراساني غير قوي. وعنه إسحاق بن أسيد جائز الحديث كما في الميزان. وله طريق آخر أخرجه أحمد ٢/ ٢٨ ورجاله ثقات.
والعينة: أن يبيع شيئاً بثمن مؤجل ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن بثمن نقد أقل من الأول اهـ قاله الرافعي.

(٢) هو المتقدم.

(٣) هو المتقدم قبل حديث واحد.

ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء، فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر، وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره. وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه، والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنه تعتمد صحتها قيام

أشد من بيع العينة، حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة ببلخ للتجار: إن العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم، وهو صحيح، فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقرّ الحال فيها على وزنها مظروفة ثم إسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسداً، ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته، ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرجه الدافع إن فعلت صورة يعود فيها إليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الأولى، وكعود العشرة في صورة إقراض الخمسة عشر فمكروه، وإلا فلا كراهة إلا خلاف الأولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المديون فيأبى المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر إلى أجل فيشتريه المديون ويبيعه في السوق بعشرة حالة، ولا بأس في هذا فإن الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب، فإن تركه بمجرد رغبة عنه إلى زيادة الدنيا فمكروه أو لعارض يعذر به فلا، وإنما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً وإلا فكل بيع بيع العينة قوله: **(ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام)** رجل **(بينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل)** القاضي هذه البينة ولا يقضي بها لأنه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم، إذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصماً عنه لأنه إنما كفل عنه بمال مقضيّ بعد الكفالة، لأنه وإن كان ماضياً فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك، وهذا لأنه جعل الذوب شرطاً والشرط لا بد من كونه مستقبلاً على خطر الوجود، فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً **(والدعوى مطلق عن ذلك)** والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلاً عن الغائب بل على أجنبي إذ لا ينتصب خصماً **(وهذا في لفظة القضاء ظاهر، وكذا في الأخرى)** وهي لفظة ذاب **(لأن معنى ذاب تقرر)** ووجب **(وهو بالقضاء)** بعد الكفالة، حتى لو ادعى أني قدمت الغائب إلى قاضي كذا وأقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلاً، وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصماً عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره، إلا أنه إذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة. وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسألة تعليق الكفالة بالشرط، ولو ضمن ثمن ما باعه أو داينه أو أقرضه فغاب المطلوب فيرهن الطالب على الكفيل أنه كفل به وقد داينه أو أقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف، لأن الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به إلا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصماً عنه فيقع القضاء عليهما قوله: **(ومن أقام البينة)** صورتها في الجامع. وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله: إذا كفل عن رجل بمال مؤجل بأمر

عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك، وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك أصلاً كما ترى، والتعليل بدون ذلك صحيح لأن المكفول به إما مال مقضى ولم يدعه، أو مال يقضى به ومع غيبة الأصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة، ومن أقام البينة أن له على فلان ألف درهم وأن هذا كفيل عنه بأمره قضى به على الحاضر والغائب جميعاً، وإن ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وهاهنا يحتاج إلى ثلاثة فروق ذكر المصنف منها اثنين: أحدهما أن البينة قبلت هاهنا دون ما تقدم، لأن المكفول به هاهنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضياً به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة، بخلاف ما تقدم كما مر.

قوله: **(لعدم مطابقتها الخ)** أقول: فيه شيء.

الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه، وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر. وقال زفر رحمه الله: لا

المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفل له بأمر فلان عن فلان فإني أقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب، فإن كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم عن الغائب انتهى. يعني لا يقع القضاء على الأصيل، وإنما خص قولهما بالذكر لأنه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصاً لا أن في المسألة اختلافاً **(وإنما قبلت)** هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها **(لأن المكفول به)** هنا **(مال مطلق)** ودعوى المدعي مطلقة أيضاً فصحت فقبلت البينة لأنها بناء على صحة الدعوى **(بخلاف ما قبلها)** لأن المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وإن كان مقيداً بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى للمدعي ولا البينة **(وإنما اختلف)** القضاء **(بالأمر وعدمه)** حتى يقع القضاء عليهما في الأمر فيرجع الكفيل، ولو حضر الغائب لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه بالمال لأنه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده إذا لم يكن أمر فلا يرجع **(لأنهما)** أي الكفالة بالأمر وبغير الأمر **(يتغايران لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما)** وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء **(لا يقضي له بالآخر)** وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضياً عليه **(وإذا قضى بها)** أي بالبينة **(بالأمر ثبت أمره)** أي أمر المكفول عنه **(وأمره يتضمن إقرار الأصيل بالمال)** إذ لا يأمل غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف بأن عليه للمقضى له ديناً **(فيصير مقضياً عليه بخلاف الكفالة بغيرأمره)** فإنها **(لا تمس جانبه)** أي جانب الأصيل **(لأن صحة الكفالة)** بلا أمر المكفول **(إنما**

ومن الفرق بينهما أن هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه: أي بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال، وهاهنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت إليه. والثاني الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع أن القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصماً عن الأصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره. ووجه ذلك ما ذكره بقوله لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمره تبرّع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء، وكل ما كانا كذلك فهما غيران لا محالة، وإذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر لأن الحاكم إنما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي؛ ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وإن كان حكمهما واحداً وهو الملك، فإذا ادعى المدعي الكفالة بالأمر وقضى بالكفالة بالأمر ببينة ثبت أمره بحجة كاملة، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه، فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه، وإذا ادعاها بغير أمره فإنها لا تمس جانب الغائب، إذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصيل لأنه: أي الشأن أن همة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل، حتى لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل

قوله: **(فهو وإن كان ضعيفاً الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن حكمه بالضعف لا يوافق المسألة الآتية بعد سطرين، لعل تصديرها بصيغة التمريض إشارة إلى ذلك قوله: **(فلا يدخل تحت الكفالة بالشك)** أقول: لو صح هذا لم يتم الجواب في المسألة التي مرت آنفاً لمكان الشك قوله: **(وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك)** أقول: وليس فيه ما يأبى عنه قوله: **(أو مال يقضي به)** أقول: ولم يدعه أيضاً كما لا يخفى قوله: **(ومع غيبة الأصيل لا يصح)** أقول: وليس في كلام المصنف ما يدل على ذلك أيضاً كما لا يخفى قوله: **(لكونه: قضاء على الغائب الخ)** أقول: قال المحشي الشهير بيعقوب باشا فيه: إن القضاء على الغائب صحيح في مثل هذه المسئلة. قال في الفصول العمادية: إذا ادعى رجل أنه كفيل من فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعي عليه الكفالة وأنكر الحق وأقام المدعي البينة أنه ذاب له على فلان كذا فإنه يقضي به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يتلفت إلى إنكاره انتهى. ونحن نقول: يمكن أن يجاب عنه بأن يقال: إن الكفيل ويكون هناك خصماً، بخلاف ما نحن فيه. ويؤيد هذا الجواب ما ذكره العلامة الكاكي في شرحه حيث قال: لأنه كفل بما قضى له على الأصيل بعد الكفالة فما لم يصر المال مقضياً به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلاً فلا يكون خصماً، ولا يمكن القضاء على الأصيل بهذه البينة حال غيبته لأنه يكون قضاء على الغائب، وهو لا يصح عندنا وأحمد، ويصح عند الشافعي ومالك، ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه إلى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به على الأصيل كما شرط في عقد الكفالة، ألا يرى أنه لو أقر الكفيل على الأصيل بمال الطالب لا يلزمه إذا حضر الأصيل، وإذا حضر الأصيل ومضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل الخ.

يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذباً شرعاً فبطل ما زعمه.

قال: **(ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم)** لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل الإقرار بملك البائع.

تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل) إذ زعمه لا يلزم غيره **(ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر)** حيث ثبت الأمر **(وقال زفر رحمه الله: لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره)** وهو الأصيل **(ونحن نقول)** قد **(صار)** الكفيل في إنكاره الدين على الأصيل **(مكذباً شرعاً)** بقيام البينة بخلافه **(فيبطل زعمه)** فيثبت حكم الكفالة بالأمر، وهذا كمن اشترى عبداً واعترف بأنه ملك البائع ثم استحق بالبينة فإنه يرجع على البائع بثمنه وإن كان معترفاً بأن البائع ظلم. واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبداً فباعه فرد عليه بعيب بالبينة بعد إنكاره العيب؛ فعند محمد لا يرده على بائعه خلافاً لأبي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة. أجيب بأنه إنما لا يرد لأن قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي، والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس شرطاً للرد على الثاني. وفي الجامع الكبير جعل المسألة على أربعة أوجه فقال: إما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان، أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بألف درهم، وكل وجه على وجهين: إما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فإن كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الأصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره لأن الطالب لا يتوصل إلى إثبات حق الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل أنه ليس للطالب على الأصيل شيء، وإذا كان كذلك صار الكفيل خصماً عنه وإن كان غائباً. والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقاً

وجب المال عليه، وإن لم يجب على الأصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل إلى الأصيل. والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسألة وبين ما إذا أبهم فادعى على رجل أنه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر، وأقام على ذلك بينة أن له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فإنه يقضي بها على الكفيل والأصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره. ووجهه أن الحاضر إنما ينتصب خصماً عن الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعي على الحاضر إلا بإثبات ما يدعي على الغائب، والكفالة إذا كانت بمعلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الأصيل لأنه معلوم ومعروف بذاته، وإذا كانت بمجهول لا تصح ما لم يكن على الأصيل لأن المجهول يحتاج إلى التعريف، والتعريف إنما يحصل بما كان على الأصيل فيصير كأنه قال إن كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأثبته المدعي، وسيأتي تمام ذلك قوله: **(وفي الكفالة بأمر)** يجوز أن يكون فرقاً آخر بين ما إذا أقام البينة على الكفالة بأمر وبين ما إذا أقام عليها بغيره، فإن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو ثبتت الكفالة بالأمر عياناً رجع الكفيل بما أدى على الأصيل فكذا إذا ثبتت بالبينة. وقال زفر: لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره. وقلنا: لما قضى القاضي عليه صار مكذباً شرعاً فبطل ما زعمه؛ كمن اشترى شيئاً وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لأن الشرع كذبه في زعمه. ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبداً فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما أنكر العيب به ثم أراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع أن القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه. وأجيب بأنه إنما لم يكن له أن يرده على بائعه لأن قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا. قال: **(ومن باع داراً وكفل عنه رجل بالدرك الخ)** ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر، والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم: أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع، فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لأن الكفالة إما أن تكون مشروطة في البيع أو لا، فإن كان الأول وهو شرط ملائم للعقد إذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع إنما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد، فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته

قال: **(ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه)** لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي بإقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما

لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب. قال مشايخنا: وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال، وكذا إذا خاف الطالب موت الشاهد بتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقرّ الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والأصيل ثم يبرأ الكفيل، وكذا الحوالة على هذه الوجوه، وكذا كل من ادعى حقاً لا يثبت على المدعى عليه إلا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصماً عن الغائب؛ كمن قذف رجلاً فادعى المقذوف الحدّ فقال القاذف قذفته وهو عبد فأقام المقذوف عليه بينة أنه كان عبداً لفلان وأنه أعتقه قضى بعتقه على فلان لأنه ادعى حقاً وهو الحد لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات العتق فصار القاذف خصماً عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه، وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك إن أعتقه مولاه فأعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وإن كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب، وهذا كله استحسان استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق قوله: **(ومن باع داراً فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم)** وقد بينا أن ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع، وقوله تسليم: أي تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع، فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه، إذ لو صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد. وأيضاً **(فالكفالة إن كانت مشروطة في البيع)** بأن باع بشرط أن يكفل له **(فتمام البيع بقبوله)** أي بقبول الكفيل **(ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به)** ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعاً **(وإن لم يكن)** أي عقد الكفالة **(مشروطاً فيه فالمراد به أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه إلا بالكفالة)** تسكيناً لقلبه **(فينزل)** عقد الكفالة **(منزلة الإقرار بملك البائع)** وإلا كان تغريراً فلا يصح دعواه إياه أصلاً بعد ذلك هذا إذا

وهو باطل، ولهذا لو كان الكفيل شفيعاً بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالإقالة ونحوها فإنها صحيحة وإن كان طلبها سعياً في نقض ما تم من جهة الطالب على أن المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والإقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض، وإن كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكيناً لقلبه فصار كأنه قال اشتر هذا الدار ولا تبال فإنها ملك البائع، فإن أدركك درك فأنا ضامن، وذلك إقرار بملك البائع، ومن أقرّ بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك، وإنما قال فنزل منزلة الإقرار لأنه يؤول إليه في المعنى. قال: **(ولو شهد وختم الخ)** لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوباً ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري عليه التزوير والتبديل، كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليماً وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقاً باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا، فإن الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا، فإن ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضاً لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاءمة ولا هي بإقرار بالملك لأن البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره، فالشهادة على أنه باع لا تكون إقراراً بأنه باع ملكه، ولعله إنما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة، بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فإنه إقرار بالملك لما تقدم. قال مشايخنا: ما ذكر أن الشهادة على البيع لا تكون تسليماً محمول على ما إذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه، مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك، وكتب شهد فلان البيع أو جرى البيع بمشهدي، وأما إذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه، وكتب الشاهد شهد بذلك فإنه تسليم فلا تصح دعواه إلا أن يشهد على إقرار المتعاقدين فإنه ليس بتسليم وإن كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ.

قوله: **(وبطلان السعي في نقض ما تم الخ)** أقول: فيه تأمل.

تقدم، قالوا: إذا كتب في الصكّ باع وهو يملكه أو بيعاً باتاً نافذاً وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم، إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين.

كفل، فأما إذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته إن كان رسم مكتوباً على الصك وفيّ الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه بيعاً باتاً نافذاً ثم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها، وإن لم يفد ذلك مثل أن يكتب في الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو أقرّ بالبيع بحضرتي والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها، فلعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة، وقوله: (وختم) هو أمر كان في زمانهم إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوب ووضع نقش خاتمه كي لا يطرقه التبديل، وليس هذا في زماننا.

فصل في الضمان

قال: (**ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع ربّ المال فالضمان باطل**) لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه، ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم

فصل في الضمان

الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك قوله: (**ومن باع لرجل ثوباً**) اللام في لرجل لام الملك: أي باع ثوباً هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه (**وضمن**) الوكيل (**له**) أي للرجل المالك (**الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لربّ المال فالضمان باطل لأن الكفالة**) وهي الضمان (**التزام المطالبة والمطالبة إليهما**) أي إلى الوكيل والمضارب (**فيصير كل منهما ضامناً لنفسه**) فيصير مطالباً مطالباً، وهذا لأن حقوق العقد ترجع إليهما، حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه دين برّ، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث، بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لأنه سفير لا ترجع إليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامناً لنفسه (**ولأن المال في يد كل من الوكيل والمضارب أمانة**) فلا يصير مضموناً عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (**كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك**) أي لا يصح الضمان أيضاً فيما (**إذا باع رجلان عبداً**) مثلاً بينهما (**صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن، لأنه لو صح الضمان مع الشركة**) بأن ضمن نصف الثمن مطلقاً (**يصير ضامناً لنفسه**) لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه، فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له، فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقداره ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يتجزأ فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح (**ولو كان ضمن نصيب**

فصل في الضمان

(**ومن باع لرجل ثوباً الخ**) الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد، ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير في اللفظ. واعلم أن كل من رجع إليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به؛ فمن وكل رجلاً ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل، وكذا المضارب إذا باع من المتاع شيئاً وضمن لربّ المال لأن الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة إليهما: أي إلى الوكيل والمضارب، لأن حق القبض للوكيل بجهة الأصالة في البيع بناء على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل، حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه؛ ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كانا حانثاً، وكذا المضارب، وإذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامناً لنفسه وفساده لا يخفى، ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه أمر اعتباري لا يظهر عند الخصومة، ولأن المال أمانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر، فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فما فرضناه أميناً لم يكن أميناً، وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييراً لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه إلى الشركة في الربوبية، وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير تقريراً تاماً. فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير، فإنهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك. ولقائل أن يقول: الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بأيديهما إذا لم يضمنا، فأما إذا ضمنا فيكون ذلك رفعاً للأمانة إلى الضمان وتحولاً من حكم شرعي إلى حكم شرعي فصار كما إذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة. والجواب أن رفع الأمانة إنما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته، وبطلانها حينئذ إنما يكون ضرورة صحة الكفالة، والكفالة هاهنا بمنزلة الفرع للوكالة لأنه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصحح على وجه يبطل به أصلها، بخلاف مسألة البيع فإن الثاني ليس فرعاً للأوّل. وكذلك إذا باع رجلان عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه

الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير **(وكذا رجلان باعا عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما حصته من الثمن)** لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامناً لنفسه، ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك، بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة؛ ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل.

شريكه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لأنه في الذمة لا يقبل القسمة لأنها إفراز، ولا يمكن إلا في عين خارجية، والدين وصف اعتباري. ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز، كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه؛ فعلى الوجه الذي صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له. قال في الفوائد الظهيرية بعد أن أورد هذا: ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح، لكن بعد ما صار الوجه مردداً بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه وبطل الأول بما ذكر للناظر أن يختار الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا، إلا أن يفرق بين شرائه بحصته وبين ضمانها، أو يخص البطلان بما إذا أريد ضمان النصف شائعاً ويحكم بأنه المراد. وقوله: **(بخلاف ما إذا باع صفقتين)** يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين بأن باع هذا نصيبه على حدته، وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما للآخر نصيبه أو باعا معاً وسميا لكل نصيب ثمناً ثم ضمن أحدهما صح الضمان **(لأنه لا شركة)** بينهما بحكم الشرع بذلك، ولذا لو قبل المشتري في نصيب أحدهما فيما إذا باعا معاً دون الآخر صح، ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص. ولا يخفى أن هذا في الثاني محمول على ما إذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند أبي حنيفة وإلا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع. قال

حصته من الثمن لم يصح، لأنه إن صح، فإن كان بحصته من الثمن شائعاً صار ضامناً لنفسه وقد تقدم فساده، وإن صح في نصيبه مفرزاً أدّى إلى قسمة الدين قبل قبضه، وذلك لا يجوز لأن القسمة إفراز، وذلك إما أن يكون حساً أو بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور. وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليله لأن ما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه إذا كان مالاً بدليل أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئاً كان للآخر ولاية المشاركة، ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك، فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء، فهذا معنى قول مشايخنا إن في تجويز هذا الضمان ابتداء إبطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء، ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صحا لضمان إما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه، لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً. وقوله ولا وجه إلى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضاً لانعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه، ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره، وفيه نظر لأن قوله فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع إنما يصح أن لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدّى وهو ممنوع، بل هو من حيث إنه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه. وقوله لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً. يجاب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلاً له اعتباران اعتبار نصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض أفراده لا تعلق له بالباقي من

قوله: **(كان للآخر ولاية المشاركة)** أقول: غير مسلم، قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشترك من كتاب الصلح: ولا سبيل للشريك على الثوب لأنه ملكه بعقده قوله: **(ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن)** أقول: الظاهر أن يقال فيما يؤديه قوله: **(لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه)** أقول: تعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ قوله: **(وليس فيه معنى القسمة)** أقول: أجاب عنه الشارح في كتاب الصلح بأن القسمة في صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجعه قوله: **(نقله صاحب النهاية)** أقول: نقله من الفوائد الظهيرية قوله: **(يجاب عنه بأن نصيب الشريك الخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه الخ)** أقول: قال بعض الفضلاء: هذا غير مطابق للواقع، فإن ما اشتراه أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وإن كان للآخر حق المشاركة، ألا ترى أن له أن لا يشاركه ولو

قال: (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز. أما الخراج فقد ذكرناه وهو) يخالف الزكاة.

الإمام قاضيخان: ولو تبرّع يعني الشريك بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لأن التبرع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مسقطاً حقه في المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لأن التبرع أسرع جوازاً من الكفالة، ألا ترى أنه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا تجوز الكفالة به قوله: (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز، أما الخراج فقد ذكرناه) قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج (وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل) هو تمليك طائفة من ماله مقدرة لا دين ثابت في الذمة لأن الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلاً عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين، والزكاة ليست كذلك بل إيجاب إخراج مال ابتداء بدلاً عن مال نفسه فليس بدين حقيقي، ولو وجبت في نصاب مستهلك وإنما لها شبه الدين في بعض الأحكام على ما قدمناه، بخلاف الخراج لأنه مال يجب في مقابلة الذبّ عن حوزة الدين وحفظه فكان كالأجرة، وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجاً موظفاً لا خراج

الأفراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص في التعقل، وقوله لا معنى لهذا أيضاً لانعقاد الإجماع الخ. يجاب عنه بأنه إنما تلزم القسمة فيه لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر أن يشاركه، بخلاف ما إذا باعا صفقتين بأن سمى كل واحد منهما ثمناً لنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فإن الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لأنه لا شركة ثمة لأنها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه. واستوضح بقوله ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر. وله أن يقبض نصيب أحدهما إذا نقد ثمن حصته وإن كان قبل الكل، ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك. قال: (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة جائز. أما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج. قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بأن يوظف الإمام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الإمام ما يخرج من الأرض لأنه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة، وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة. وذكر المصنف رحمه الله فرقاً آخر بقوله وهو يخالف الزكاة، لأنها مجرد فعل، إذ الواجب فيها تمليك مال من غير أن يكون بدلاً عن شيء، والمال آلته ولهذا لا تؤدى بعد موته إلا بالوصية، وأما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق، والأول ككري الأنهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الإمام لتجهيز الجيش وفداء الأسارى، بأن احتاج إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو إلى فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالاً على الناس لذلك، والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أوجبه الإمام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين. والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلماً كالقيجر ففيه اختلاف المشايخ. قال بعضهم: لا يصح الضمان بها لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً ولا شيء عليه هاهنا شرعاً، وقال بعضهم: يصح وممن يميل إليه الإمام البزدوي يريد فخر الإسلام رحمه الله، لأن صدر الإسلام ممن مال إلى عدم صحتها. قال فخر الإسلام: وأما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لأنها ديون في حكم توجه المطالبة بها.

كان واقعاً على الشركة كما كان له ذلك، وبالجملة فوقوع الملك له خاصة منصوص عليه، وسيجيء إن شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره. والأولى أن يقال: إن البيع أمر حكمي، وبإضافة البيع إلى نصيبه مشاعاً لا يلزم محذور، بخلاف إضافة الكفالة فإن اعتبار الشيوع فيه يؤدي إلى أن يصير ضامناً لنفسه من وجه وهو غير مشروع، فوضح الفرق واندفع الإشكال، ثم في صورة البيع إذا اعتبرنا إضافته إلى نصيبه شائعاً بقوله لما كان هو العاقد وقع الملك له خاصة، ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبار إضافته إلى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع، فإن الملك للعاقد وإن أضاف إلى تعد غيره على ما عرف، وأما ثبوت حق المشاركة له فسيجيء انتهى. ونحن نقول قوله وإن كان للآخر حق المشاركة غير صحيح أيضاً بل ذلك فيما إذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل في الصلح في الدين المشترك، ثم قوله وسيجيء: يعني في الصلح في الدين المشترك، ثم قوله فوضح الفرق واندفع الإشكال كلام خال عن الفائدة، إذ ليس في كلامه ما يدفع الإشكال.

لأنها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصية. وأما النوائب، فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق، وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله، وممن يميل إلى الصحة الإمام على البزدوي، وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة. منها والرواية بأو، وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة،

مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فإنه غير واجب في الذمة **(وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك)** للعامة **(وأجرة الحارس)** للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير **(والموظف لتجهيز الجيش)** في حق **(وفداء الأسارى)** إذا لم يكن في بيت المال شيء **(وغيرها)** مما هو بحق **(فالكفالة به جائزة بالاتفاق)** لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة وليّ الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شيء فيه **(وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات)** الموظفة على الناس **(في زماننا)** ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فإنها ظلم. فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها، فقيل: تصح إذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة إما بحق أو باطل، ولهذا قلنا إن من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور، وينبغي أن كل من قال إن الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها هاهنا، ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه أو مطلقاً **(وممن يميل إلى الصحة الإمام البزدوي)** يريد فخر الإسلام، أما أخوه صدر الإسلام فأبى صحة الكفالة بها **(وأما القسمة فقيل هي النوائب بعينها أو حصة منها)** إذا قسمها الإمام، ولا حاجة إلى كون الرواية قسم بلا هاء، لأن قسمة في القرآن بمعنى قسم، قال تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ [القمر: ٢٨] إذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري، لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو **(وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب)** ما هو **(منها غير راتب)** فتغايرا **(والحكم)** يعني في القسمين **(ما بيناه)** من الصحة في أحدهما

والعبرة في الكفالة للمطالبة لأنها شرعت لالتزامها، ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجوراً وإن كان من جهة الذي يأخذ باطلاً، ولهذا قلنا: إن من قضى نائبة غيره بإذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحساناً بمنزلة ثمن المبيع. قال شمس الأئمة: هذا إذا أمره به لا عن إكراه، أما إذا كان مكرهاً في الأمر فلا يعتبر أمره في الرجوع. وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال: وقع هذا الحرف غلطاً لأن القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون. وأجيب بأن القسمة قد تجيء بمعنى النصيب، قال الله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ والمراد النصيب. وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناه أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لأن القسمة واجبة عليه. وقال بعضهم: معناه إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء، وقد علمت أن القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء. وقال بعضهم: هي النوائب بعينها، وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير أو حصته منها: أي من النوائب: يعني إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كري النهر المشترك فأصاب واحداً شيء من ذلك فيجب أداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالإجماع. قيل: ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقرير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى: ﴿من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال﴾ فأشار المصنف رحمه الله إلى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب لأن القسمة إذا كانت حصة منها فهو محل أو، وأما إذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو لما مر. وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة، والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب. قيل: وممن قال بهذا القول الإمام فخر الإسلام، والحكم ما بيناه: يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق، واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق. قال: **(ومن قال لآخر لك عليّ مائة إلى شهر الخ)** ومن قال لآخر لك عليّ

قوله: **(وأجيب بما أجيب به الشافعي)** أقول: يعني بفساد الاعتبار وفيه شيء.

والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه. **(ومن قال لآخر لك عليّ مائة إلى شهر وقال المقرّ له هي حالة، فالقول قول المدعي، ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقرّ له هي حالة فالقول قول الضامن)**. ووجه الفرق أن المقرّ أقرّ بالدين. ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما أقرّ بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح، وإنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار، أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل، والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني والفرق قد أوضحناه.

والخلاف في الأخرى، ثم من أصحابنا من قال: الأفضل للإنسان أن يساوي أهل محلته في إعطاء النائبة. قال شمس الأئمة: هذا كان في ذاك الزمان لأنه إعادنة على الجائحة والجهاد، أما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلماً، ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له، وإن أراد الإعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب. وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكره من أن الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف قوله: **(ومن قال لآخر)** المراد الفرق بين مسألتين: إحداهما من أقرّ بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقرّ له وأنكر الأجل القول للمقر له، ولو أقرّ بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقرّ له وأنكر الأجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافاً للشافعي حيث ألحق الأول بالثاني فجعل القول في المسألتين للمقرّ. ولأبي يوسف على رواية إبراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالأول فجعل القول فيهما للمقر له، وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك، وهو أن الشافعي ألحق الثاني بالأول وأبو يوسف قلبه سهو من الكاتب. وجه قول الشافعي رحمه الله إن الدين نوعان: حالّ ومؤجل. فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع كالاعتراف بحنطة رديئة أو جيدة فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل. وجه قول أبي يوسف إنهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق إلا بحجة كما في الأول وصار الأجل كالخيار فيما لو أقرّ بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول للطالب في إنكاره الخيار. وجه المذهب أن المقرّ بالدين أقرّ بما هو سبب المطالبة في الحال، إذ الظاهر أن الدين كذلك لأنه إنما يثبت بدلاً عن قرض أو إتلاف أو بيع ونحوه، والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال إلا ببدل في الحال، فكان الحلول الأصل والأجل عارض فكان الدين المؤجل معروضاً لعارض لا نوعاً **(ثم ادعى لنفسه حقاً وهو تأخيرها)** والآخر ينكره **(وفي الكفالة ما أقرّ بالدين)** على

مائة إلى شهر فقال المقرّ له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة؛ وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقرّ له هي حالة فالقول قول الضامن. وروي عن أبي يوسف إبراهيم بن يوسف أن القول فيهما للمقرّ له. وقال الشافعي: القول فيهما للمقرّ. له أن الدين نوعان: حال ومؤجل فإذا أقرّ بالمؤجل فقد أقرّ بأحد النوعين فالقول قوله اعتباراً بالكفالة. وأجيب بفساد الاعتبار لأن الأجل في الدين عارض كما سيأتي. ولأبي يوسف أنهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه فلا يصدق فيه إلا بحجة اعتباراً بالإقرار بالدين. وأجيب بما أجيب به الشافعي. ووجه الفرق بينهما أن المقرّ أقرّ بالدين مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل فكان ثمة إقرار على نفسه ودعوى على غيره، والأول مقبول والثاني يحتاج إلى برهان، فإذا عجز عنه كان القول للمنكر. وفي الكفالة ما أقرّ بالدين لأنه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم، وإنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما. ولقائل أن يقول: هب أنه لا دين عليه فيقرّ به أليس أنه قد أقرّ بالمطالبة فللخصم أن يقول: أقرّ بالمطالبة مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل فكان ثمة إقرار على نفسه إلى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق، وعلى تقدير تمامه فهو معارض بأن يقال: الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب أن لا يثبت الأجل عند دعواه الكفيل، لأنه إذا ثبت بطلت الكفالة، وفيه من التناقض ما لا يخفى.

والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول إقناعياً جدلياً لدفع الخصم في المجلس، وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما يذكر، وأن الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل. والثاني موجود فيما نحن فيه

قال: **(ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع)** لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل، بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل. وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق، فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل

ما هو الأصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له، وهذا لأن التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك، فإنما أقر بنوع منهما فلا يلزم بالنوع الآخر، بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فإنها ضعيفة لقلة وجودها فَنُزِّلَتْ منزلة العدم، وهذا مخلص ممن ادعى مالاً وهو مؤجل في الواقع. فإن اعترف به مؤجلاً لا يصدق، وإن أنكر يكون كاذباً وخاف إن اعترف به كذلك لا يصدق في الأجل، فالحيلة أن يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم معجل، فإن قال مؤجل حصل المقصود، وإن قال معجل فينكر وهو صادق. وفي العيون: من عليه دين مؤجل إذا حلف ما له اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس إن كان لا يقصد به إتواء حقه قوله: **(ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل)** وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول: يعني لم يطالبه قوله: **(حتى يقضي له بالثمن على البائع لأن بمجرد الاستحقاق)** أو القضاء به وبالمبيع قوله: **(لا ينتقض البيع)** أي لا ينفسخ **(على ظاهر الرواية)** واحترز بظاهر الرواية عن رواية الأمالي عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضي على البائع بالثمن لأن الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل. وجه الظاهر ما ذكر من أن بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود إلى ملك المشتري، حتى لو كان الثمن عبداً فأعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه، وكذا لو كان المشري باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الأول أن يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد، وإذا لم يجب الثمن على الأصيل لا يجب على الكفيل، بخلاف ما لو قضى بحريه العبد ونحوه لأن البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقاً مبطلاً للملك رأساً، وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فمحليته للملك باقية واحتمال إجازة المستحق للبيع القائم ثابت، فما بقي هذا الاحتمال يبقى الملك، بخلاف ما إذا قضى على البائع بردّ الثمن لارتفاعه حينئذ. وصحح في فصول الاستروشني أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن، والرجوع بالقضاء يكون فسخاً. ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة

فلا مناقضة قوله: **(ولأن الأجل في الديون عارض)** هو الفرق الثاني، ومعناه على أن ما لا يثبت بشيء إلا بشرط كان من عوارضه، وما يثبت له بدونه كان ذاتياً له وهو حسن، لأنا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضاً والأجل في الديون بهذه المثابة لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فإنه يثبت مؤجلاً من غير شرط إذا كان مؤجلاً على الأصيل فكان الأجل فيها إلا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فإنه يثبت مؤجلاً من غير شرط إذا كان مؤجلاً على الأصيل فكان الأجل ذاتياً لبعض الكفالة منوعاً له كالناطق الممنوع لبعض الحيوان. وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في إظهار المأخذ. وإذا كان الأجل في الديون عارضاً لا يثبت إلا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كما في شرط الخيار، وإذا كان في الكفالة ذاتياً كان إقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله. ووقع في المتن والشافعي ألحق الثاني بالأول، وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني، والعكس هو المشهور من مذهبهما. فمن الشارحين من حمله على الروايتين عن كل واحد منهما، ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر قوله: **(ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ)** ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه

قوله: **(والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول الخ)** أقول: وعندي أن الفرق الأول أيضاً صحيح لا يرد عليه ما أورده، فإن المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك، والمقر بالكفالة لم يقر بشيء في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل، وهذا كلام إجمالي كتبته تذكرة.

الزيادات في ترتيب الأصل. **(ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل)** لأن هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار، ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها، بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً، ولو ضمن

الغليظة ودعوى الوقف في الأرض المشتراة، أو أنها كانت مسجداً، ويشارك الاستحقاق الناقل في أن كلاً منهما يجعل المستحق عليه ومن تملك ذلك الشيء من جهته مستحقاً عليهم، حتى أنه لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته، ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه، ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه، وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة.
قوله: **(وموضعه)** أي الاستحقاق **(أوائل الزيادات في ترتيب الأصل)** يريد ترتيب محمد فإنه بدأ بباب المأذون، واحترز بالأصل عن ترتيبها الكائن الآن فإنه ترتيب أبي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فإنه غير ترتيب محمد إلى ما هي عليه الآن، وإنما سماه محمد بالزيادات لأن أصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلاً ثم يزيد عليه تفريعاً تتميماً له قوله: **(ومن اشترى عبداً وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لأن هذه اللفظة مشتبهة)** المراد فإنها **(تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه)** وقال الشيخ أبو بكر الرازي: هو كتاب الشراء وهو ملك المشترى فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه، وفي بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجواري، وتقال لنفس العقد لأن العهدة من العهد كالعقدة من العقد، والعهد والعقد واحد، وتقال على حقوق العقد لأنها ثمراته وعلى خيار الشرط، وهي في الحديث «عهدة الرقيق ثلاثة أيام» أي خيار الشرط فيه، ولكل ذلك وجه قد بيناه، وإذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان **(بخلاف)** ضمان **(الدرك فإنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً)** فلا تعذر. وذكر بعض المشايخ أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك **(ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع)** إن قدر عليه **(أو)** تسليم **(قيمته)** وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد: يعني فيكون صحيحاً لأن ضمان الدرك عندهما تصحيحاً للكلام، فتمت الألفاظ ثلاثة: ضمان الدرك جائز بالاتفاق، وضمان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر

فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع بردّ الثمن، لأن احتمال الإجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن، لأن بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه، فلو كان الثمن عبداً فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ إعتاقه وإذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الأصيل، وإذا لم يجب على الأصيل لم يجب على الكفيل، وإنما قال على ظاهر الرواية احترازاً عما قال أبو يوسف في الأمالي له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع، لأن الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته، فكذلك يجب على الكفيل. فإن قيل: فإذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق؟ وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله إن شاء وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل، أراد بترتيب الأصل ترتيب محمد، فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفاً لترتيب سائر الكتب تبركاً بما أملى به أبو يوسف، فإن محمداً أخذ ما أملى وبين أبو يوسف باباً باباً وجعله أصلاً، وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الأبواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات، وكان ابتداء إملاء أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركاً به، ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم **(ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل)** ذكر هاهنا ثلاث مسائل: الأولى ضمان العهدة وقال إنه باطل ولم يحك خلافاً. والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق. والثالثة ضمان الخلاص. وقد اختلفوا فيه فأما بطلان الأولى فلأن هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع في استعمالها

الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح.

الرواية، وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية. وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشروط: فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو ردّ الثمن. وإن لم يذكر ردّ الثمن يفسد لأنه يبقى الضمان بتخليص المبيع. وعلم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقاً، أما إذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على إرادته فيجوز بالإجماع.

فإنها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه، وما ليس بمضمون على الأصيل لا تصح الكفالة به، وقد تقع على العقد لأنها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد، وقد تقع على حقوق العقد لأنها من ثمرات العقد، وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق، وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث: «عهدة الرقيق ثلاثة أيام» أي خيار الشرط فيه، ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهماً تعذر العمل به. وأما جواز الثاني: أي ضمان الدرك فإن العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبيناً له فوجب العمل به. وأما الثالث فأبو حنيفة رحمه الله قال: هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة: أي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لأنه إن ظهر مستحقاً فربما لا يساعده المستحق، أو حراً فلا يقدر مطلقاً، والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل، وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحاً للضمان وهو تسليم المبيع إن قدر عليه أو تسليم الثمن إن عجز عنه وضمان الدرك صحيح. وأجيب بأن فراغ الذمة أصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال، ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط: فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن، فهذا يشير إلى أن بطلان الضمان إنما كان بالخلاص منفرداً، أما إذا انضم إليه ردّ الثمن فهو جائز. قيل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع إنما هو الثمن لا القيمة، وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازاً شهرة أمره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة، هذا ما يدل عليه كلام المصنف. وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد، وهو تفسير الدرك، وهذا يدل على أن الخلاف في العهدة أيضاً ثابت. وذكر في الفوائد الظهيرية: وأما ضمان العهدة فقد ذكر هنا: أي في الجامع الصغير أنه باطل ولم يحك خلافاً. وذكر بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك، وهو خلاف ما ذكره المصنف فكأنه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف، والله أعلم بالصواب.

قوله: (ووجب للمشتري الخ) أقول: فيه شيء إلا أن يكون وجب بمعنى ثبت.

باب كفالة الرجلين

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم وكفل كل واحد

باب كفالة الرجلين

لما نُزِّلَ هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقيبه قوله: **(وإذا كان الدين على اثنين بأن اشتريا معاً عبداً بألف)** أو اقترضا معاً **(وكفل كل منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد)** وجهين: أحدهما **(أن كلاً منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصلة و)** ما عليه **(بحق الكفالة)** لقوة الأوّل وضعف الثاني **(لأن الأول دين)** عليه. **(والثاني مطالبة)** بلا دين **(ثم هو تابع)** فوجب صرف المؤدي عن الأقوى تقديماً له على الأضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة. لا يقال: إن هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدي. بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا، ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا إلا أن يصرفه بنيته أو بلفظه إلى أحدهما. لأنا نقول: الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا، فإنه الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة، ألا ترى أن المريض إذا اشترى في مرض موته شيئاً كان من جميع المال، ولو كفل كان من الثلث. وأيضاً لو اشترى المريض وعليه دين جاز، ولو كفل وعليه دين لا يجوز. وأما كونه يصرف بنيته. قلنا: التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد، حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه ببيع وعين صح إذ في الجنسين يعتبر تعيينه لأنه حينئذ مفيد. ثانيهما **(أنه لو وقع في النصف عن صاحبه)** للكفالة كان له أن يرجع عليه به **(فلصاحبه أن يرجع)** بعين ما رجع عليه به المؤدي **(لأن أداء نائبه)** يعني كفيله بأمره **(كأدائه بنفسه)**، ولو أدى بنفسه يرجع فكذا

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد طبعا فأخر وضعا ليناسب الوضع الطبع. قال: **(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ)** إذا اشترى الرجلان عبداً بألف فالثمن دين عليهما لا محالة، فإن كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدي على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل، وكل من كان في النصف أصيلاً وفي النصف الآخر كفيلاً فما أدى إلى تمام النصف كان عما عليه بحق الأصالة صرفاً إلى أقوى ما عليه؛ كما لو اشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لأن الواجب به أقوى لحاجته إلى القبض في المجلس، وما عليه بحق الأصالة أقوى لأنه دين، وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لابتنائها على الدين، فإن المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه، بل يترجح الدين عليها وينصرف المصروف إليه إلى تمام النصف، وفي الزيادة عليه لا معارضة إن لم يكن عليه فيها بحق الأصالة شيء فانتفى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين، وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا لانتفائه قوله: **(ولأنه)** دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف، فإنه جعل نقيض المدعي وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فإنه قال: لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه، لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لأنه يؤدي إلى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع

باب كفالة الرجلين

قوله: **(وفي المصنف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا لانتفائه)** أقول: ضمير انتفائها راجع إلى المعارضة، وضمير لا لانتفائه راجع إلى أحدهما قوله: **(مستلزماً لمحال وهو رجوع صاحبه عليه)** أقول: قوله وهو راجع إلى محال قال المصنف: **(لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور)** أقول: في الملازمة ما لا يخفى قوله: **(لأن أداء نائبه كأدائه)** إن أريد كأدائه عن نفسه بحق الأصالة أو ما يعمه فمسلم ولا يفيد، وإن أريد كأدائه بحق الكفالة فممنوع، وكيف يكون أداء كفيله عنه كأدائه عن كفيله فليتأمل.

منهما عن صاحبه فما أدّى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة، لأن الأول دين والثاني مطالبة، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول، وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة، ولأنه لو

بنائبه، لكن إذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه، وإلا لم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه. بيانه أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لأنه في إحدى المائتين أصيل، فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما إلا إذا اعتبر نفسه مؤدياً كلها عن صاحبه المؤدي حقيقة وإلا لم يرجع إلا بنصفها، لأنه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون إلى ما عليه أصالة وخمسون إلى ما عليه كفالة، وإنما يرجع بما عليه من الكفالة **(فيؤدي إلى الدور)** وما يؤدي إليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه وإلا تغير حكم الشرع، إذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع، وقد علمت أنه امتنع للدور. واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه، ورجوع المؤدى ليس متوقفاً على رجوع صاحبه، بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذ منه، فإذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره، وكذا الأول فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى إليه. والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعاً اعتبار المؤدي عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لأنه اعتبار باطل يؤدي إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى إلى الطالب، وهو نقيض ما يقطع به من الشرع أن المؤدي هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر، هذا مجازفة عظيمة قوله: **(وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً أو كثيراً. ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة)** من غير نظر إلى أنها مع الدين أولاً **(فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل)** لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به **(كما تصح عن الأصيل)** بالتزام المطالبة بما عليه **(وكما تصح الحوالة من المحتال عليه)** للمحال بما أحيل به عليه على آخر **(وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة)** وما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر **(فلا ترجيح للبعض على البعض)** ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة **(بخلاف ما تقدم)** وإذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر **(فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي إلى الدور لأن قضية هذا الاستواء)**

عليه. وقوله: **(لأن أداء نائبه كأدائه)** بيان للملازمة. وتقريره أن صاحب المؤدي يقول له أنت أديته عني بأمري فيكون ذلك كأدائي، ولو أديت بنفسي كان لي أن أجعل المؤدى عنك، فإن رجعت عليّ وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك فأرجع عليك لأن ذلك الذي أدّيته عني فهو أدائي في التقدير، فلو أديت حقيقة رجعت عليك ففي تقرير أدائي كذلك، والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى إليّ الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لينقطع الدور، بخلاف الزيادة على النصف، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه، إذ ليس على الشريك بحكم الأصالة إلا النصف فيقيد الرجوع **(وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه)** بكل المال وعن الأصيل كذلك، فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الأصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الأصيل وأخرى على الكفيل فصح الكفالة عن الكفيل لأن موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الأصيل، وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسألة في الصحيح **(وكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً كان المؤدى أو كثيراً)** لأن ما أدى أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض، بخلاف ما تقدم فإن الأصالة في النصف راجحة بعد صورة

وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور **(وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً)** ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه. وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض

للاستواء في العلة وهي الكفالة **(وقد حصل برجوع أحدهما)** وهو المؤدي **(بنصف ما أدى فنقضه برجوع غير المؤدي بلا موجب، بخلاف ما تقدم)** لا استواء فيه في العلة، فإن أحدهما علته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو موجبها فلذا لا يرجع إلا بما زاد على النصف، وهذا الفرق باعتبار الوجه الأول في المسألة الأولى، ولو كان الوجه الثاني صحيحاً لم يقع فرق باعتباره لأن مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدي، واحتسابه به عن المؤدي وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع عليّ به بسبب أنك أديته عني هو كأدائي بنفسي فكأني أنا الذي أديته واحتسبته عنك فأنا أرجع عليك به، ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الأول **(ثم يرجعان)** يعني الكفيلين المتكافلين **(على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه، وإن شاء رجع الكفيل المؤدي بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره)** ثم أداه **(ولو أبرأ ربّ المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع، لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله)** قوله: **(وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في)** كتاب **(الشركة)** من أن شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر إلا ما استثنى **(ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين)** المديونين بدين واحد، والله الموفق قوله: **(وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة)** بأن قال مثلاً كاتبتكما على ألف إلى عام **(وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه. ووجهه أن هذا العقد)** وهو عقد الكفالة **(جائز استحساناً)** خلافاً للأئمة الثلاثة كما لو كانت الكفالة واحدة فقط، ولأنه كفالة ببدل الكتابة وهو باطل، وأيضاً شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل، والكتابة تبطل بالشروط

المعارضة بينها وبين الكفالة، وإذا وقع شائعاً رجع على شريكه بنصفه. ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه، بخلاف ما تقدم لأن كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة، بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه، وجعل المؤدي عن الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم، وإنما قال في الصحيح ليتأتى الفروع المبنية على ذلك فإنه قال: **(ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه)** ولو لم يكن كل منهما كفيلاً عن الأصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما، وقال: **(وإن شاء)** يعني من أدى منهما شيئاً **(رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره)** ولو كان أحدهما كفيلاً عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصيل. وقال: **(وإذا أبرأ ربّ المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه)** من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل ولهذا نأخذه به وهو ظاهر. قال: **(وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين الخ)** إذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلأصحابه أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع ذلك، فإن أدى أحدهما شيئاً لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدي على النصف فيرجع بالزيادة لأنها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة، وحينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق، فإذا طلبوا أحدهما وأخذوا

قال المصنف: **(وبالكل عن الشريك)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(فتجتمع الكفالتان على ما مر)** أقول: قبل ورقتين في تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان.

على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه، بخلاف ما تقدم، ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه **(وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه)** لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره.

قال: **(وإذا أبرأ ربّ المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب)** براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به.

قال: **(وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين)** لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة **(ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف)** لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين.

قال: **(وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه)** ووجهه أن هذا العقد جائز استحساناً، وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب

الفاسدة. وجه الاستحسان أنه يمكن أن يعتبر له وجه يصح به فيحمل عليه، وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقاً بأدائه كما في الولد المولوه في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقاً بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا الكفالة، وفي الحقيقة المال مقابل بهما فينقسم عليهما بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لأن عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المعتبرة حتى أن ما أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما **(ولو لم يؤديا شيئاً)** حتى أن المولى **(أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه وبرىء عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى عتقه ولم يبق وسيلة)** لحصول عتقه بطريق آخر **(فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة**

الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مرّ من الوجهين في كفالة الرجلين. قال: **(وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ)** وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال المولى كاتبتكما على ألف **(إلى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه)** صح ذلك استحساناً والقياس بخلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل، فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلاً. أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه، وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي ديناً صحيحاً وبدل الكتابة ليس كذلك. ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقاً بأدائه: أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أديت الألف فأنت حر، وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلاً بألف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب، وهذا إنما يستقيم إذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها، وأما إذا اختلفت الكتابتان فإن عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق، وإذا عرف ذلك عرف استواؤهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة: أعني الكفالة فكان كل البدل مضموناً على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤدّ جميع البدل، فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما، ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشيء لانتفت المساواة، ولو لم يؤديا شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرىء المعتق عن النصف لأنه ما رضي بالمال إلا ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر، لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعاً منقسماً عليهما، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان فكان ضرورياً لا يتعدى غير موضعها. وإذا أعتق استغنى عنه وانتفى لضرورة فاعتبر مقابلاً برقبتهما ولهذا يتنصف. وعورض بأنه إذا كان مقابلاً بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدي إلى النصف لئلا يلزم الدور كما مر. وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على

قال المصنف: **(وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع)** أقول: ليس هذا موضع مال.

الألف عليه فيكون عتقهما معلقاً بأدائه ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه، وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة.

قال: **(ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق)** لمصادفته ملكه وبرىء عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما. وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً وبرقبتهما فلهذا يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة، وإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه والله أعلم.

مقابل بعتقهما، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان) والحامل عليه تشوّف الشارع إلى العتق **(فإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقبتهما فوجب أن يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء، المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة)** وأورد عليه أنه يستلزم كون الرقيق ضامناً لبدل الكتابة وهو لا يجوز. أجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كما لو مات شهود النكاح **(فإن أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدّى، وإن أخذ الآخر به لم يرجع)** على الذي عتق **(لأنه)** ربما **(أدى عن نفسه)**.

المولى، لأن المؤدي لو وقع عن المؤدي على الخصوص برىء بأدائه عن نصيبه وعتق لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعاً ويعتقا جميعاً فكان في التخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعاً، وإذا بقي النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ به أيهما شاء، وأما المعتق فبالكفالة، وأما صاحبه فبالأصالة: قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة. وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالباً بجميع الألف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لأن البقاء يكون على وفق الثبوت، فإن أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لأنه أداه عنه بأمره، وإن أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لأنه أدى عن نفسه.

قوله: **(أي بأداء كل واحد منهما)** أقول: الأولىٰ أن يطرح كلمة كل فإنهما يعتقان بأداء واحد منهما.

باب كفالة العبد وعنه

(ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال) لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة، إلا أنه لا يطالب لعسرته، إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر، فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس، بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر، ثم إذا أدى رجع

باب كفالة العبد وعنه

أخر ما يتعلق به لتأخره بالرق قوله: **(ومن ضمن عن عبد مالاً)** موصوفاً بكونه **(لا يجب على العبد حتى يعتق)** كأن أقرّ باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه، وكذا إذا أودع شيئاً فاستهلكه أو وطىء امرأة بشبهة بغير إذن المولى، بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معايناً معلوماً فإنه يؤخذ به في الحال، فإذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه إلا بعد الحرية من غير أن يشرط في الكفالة تأجيلاً (و) هذا هو المراد بقوله: **(لم يذكر حلولاً ولا غيره لزم)** الكفيل **(حالاً لأن المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة)** وعدم الأجل، وكيف والعتق لا يصلح أجلاً لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلاً **(و)** إنما **(لا يطالب به لعسرته، إذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به)** أي بتعلق الدين بملكه **(والكفيل غير معسر)** فالمانع الذي تحقق في الأصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال **(فصار كما لو كفل عن مفلس أو غائب)** يلزمه في الحال مع أن الأصيل لا يلزمه، وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة، بخلاف وجه تأخير الدين إلى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى، فإنه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضا المولى، بل الوجه نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره: أعني تصرف القرض والبائع للعبد ولم يرض بإيداع المودع عند عبده ولا بتمكين المرأة، وعدم نفاذ قول العبد في حق

باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لأن العبد متأخر عن الحرّ، إما لشرفه وإما لأن الأصل في بني آدم هو الحرية، ووضع ترتيبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث، ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه. قال: **(ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه الخ)** قوله لا يجب عليه صفة لمالاً. وجواب المسألة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير، وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسمّ حالاً ولا غير حال إلى عبارته في الكتاب لأن عبارة محمد تحتاج إلى تأويل، فإن العبد إذا استهلك المال عياناً يؤخذ به في الحال. قال فخر الإسلام: مراده إذا أقرّ بالاستهلاك وكذبه المولى. وقال بعضهم: مراده العبد المحجور عليه البالغ إذا أودع مالاً فاستهلكه فإنه لا يؤاخذ به في الحال بل بعد الإعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسمّ حالاً ولا غيره فلا يحتاج إلى شيء لتناولها ما إذا أقرّ العبد باستهلاكه للحال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور أو وطىء امرأة بشبهة بغير إذن المولى أو أودعه إنسان فاستهلكه فإنه لا يؤاخذ بذلك كله للحال، أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلأنه كفل بمال مضمون على الأصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المليء أو المفلس، وأما كونها حالاً فلأن المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة، لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة، إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه، وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لأنه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح، ويؤخذ به الكفيل حالاً وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل، وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فإنها تصح ويؤخذ به الكفيل في الحال وإن كان في حق الأصيل متأخراً إلى الميسرة. فإن قيل: إذا لم يؤخذ من

باب كفالة العبد وعنه

قوله: **(ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق)** أقول: وبدأ بالكفالة عن العبد للقرب قوله: **(وفيه ما فيه)** أقول: فإن عادة المصنفين ذكر الإجمال على وفق التفصيل وفيه منع قوله: **(إلى عبارته في الكتاب)** أقول: قوله إلى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد.

على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه مقامه **(ومن ادعى على عبد مالاً وكفل له رجل بنفسه فمات العبد بريء الكفيل)** لبراءة الأصيل كما إذا كان المكفول عنه بنفسه حراً.

المولى إذا كان يكذبه، بخلاف الاستهلاك المعاين فإنه ليس فيه أحدهما فينفذ في حقه دفعاً لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه إن كان له كسب وإلا تباع رقبته فيه إلا أن يفديه المولى، هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق **(بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر)** صحيح، ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه، وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد؟ وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع في الحقيقة عليه قوله: **(ومن ادعى على عبد مالاً وكفل رجل بنفسه فمات العبد بريء الكفيل لبراءة الأصيل)** وهو ظاهر، لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حراً أو عبداً، وإنما فرضها في العبد ليرتب عليها مسألة دعوى الرقبة وهي قوله: **(فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته)** لأن على المولى ردّ رقبة العبد **(على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك، وبعد الموت القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل)** فهو كما لو كفل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه، فإن عجز فبقيمته. فحاصله أنه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى، بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد، وكذا عن الحر فمات الحر مفلساً لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعاً، بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه قوله: **(وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر)** بشيء (و) نقل **(عن زفر رحمه الله)** في شرح الجامع **(أنه يرجع)** قال المصنف **(ومعنى الوجه الأول)** يعني ضمان العبد عن سيده **(أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده)** وهذا لأن الأصل أن كفالة العبد لا تصح مطلقاً لأن الكفالة إنما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون، غير أن أمر السيد له بها فك للحجر عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته في دين الكفالة إذا كفل لغير السيد بإذن السيد، فإذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره إياه بالكفالة، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين فإن لمولاه الحق في ماليته فيعمل إذنه له في أن يكفل عنه.

العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضاً إلا بعد الأجل. أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر: يعني أن الدين ثمة تأخر عن الأصيل بمؤخر: أي بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً، وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلاً ثم إذا أدّى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه مقامه. قال: **(ومن ادعى على عبد مالاً الخ)** الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حرّاً أو عبداً فإنه بموته يبرأ الكفيل لبراءة الأصيل كما لو كان حرّاً، وذكر هذه تمهيداً للتي بعدها ولبيان الفرق بينهما **(فإن ادّعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى ردّ الرقبة على وجه يخلفها القيمة)** عند العجز عن ردها، وإذا وجب ضمان القيمة على الأصيل وجب على الكفيل لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل، وقد انتقل الضمان في حق الأصيل إلى القيمة فكذا في حق الكفيل، بخلاف الأوّل: أي الضمان الأول لأن محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله، وإنما قيده بإقامة البينة احترازاً عما إذا ثبت الملك له بإقرار ذي اليد أو بنكوله عن اليمين حيث تقضي بقيمة العبد الميت على المدعى عليه، ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقرّ الكفيل بما أقرّ به الأصيل. قال: **(وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره الخ)** إذا كفل العبد عن مولاه بأمره فالحال لا يخلو إما أن يكون عليه دين مستغرق أو لا، فإن كان الأول لم تصح كفالته لحق الغرماء وإن كان بإذن المولى، وإن كان الثاني صحت إن كانت بأمره لأن ماليته لمولاه فله أن يجعلها بالدين بالرهن والإقرار بالدين، وإذا كفل المولى عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس أو المال مديوناً كان العبد أو غير مديون، فإذا صحت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه. وقال زفر:

قال: **(فإذا ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته)** لأن على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها، وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل. بخلاف الأول.

وفي بعض النسخ الهداية: ومعنى المسألة أن يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا. أما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين أو لا. فإن قيل: دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضي من ماليته وهي ملك المولى فأي فائدة في هذه الكفالة؟ أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أوّلا معه ليقضي من جميع أمواله، بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه عينا إلا أن يسلمه ليباع، وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين وبالكفالة يصلون **(لزفر رحمه الله أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو كونه عبده)** ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر **(قد زال)** بالعتق فإن الأداء منهما بعده فيجب الرجوع **(ولنا أنها وقعت)** من كل منهما **(غير موجبة للرجوع)** بما قلنا إن واحداً منهما لا يستوجب ديناً على الآخر **(فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره)** فبلغه قوله: **(فأجاز فأدى الكفيل لا يرجع)** لأن معنى الأمر وإن تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لأن الأصل أن ما يقع[1] لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء، وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً إلا أن يكون العبد مديوناً فحينئذ يثبت له الدين على السيد، وإذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لأنها تقع لازمة، وقد طولب بالفرق بين هذه وبين الراهن إذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فإن العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على يده فلم لا يرجع هنا؟ أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحريتهما إذ ذاك فجاز أن يرجع على المولى، أما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه قوله: **(ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حرّ تكفل به أو عبد)** وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب **(لأنه)** أي عقد الكتابة **(ثبت مع المنافي)** وهو عبديته للسيد المكاتب لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وذلك يقضي نفي الدين للسيد على عبده، وإن ثبت فإنما على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع إليه فيقصر عليه **(فلا يظهر في حق صحة الكفالة، ولأن المكاتب لو عجز نفسه سقط)** هذا الدين **(ولا يمكن إثباته)** أي إثبات هذا الدين **(على هذا الوجه على الكفيل)** وهو

يرجع لأن الموجب للرجوع وهو الكفالة بالأمر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا: هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً إذا لم يكن عليه دين مستغرق، وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال، وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فإن الكفيل بعد الأداء لا يرجع على الأصيل بشيء لذلك. ونوقض بأن الراهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فإنه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب ديناً على مولاه. وأجيب بأنه مغالطة فإن كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيما ذكرت الحرّ يستوجب ديناً لأن استيجاب الدين عليه إنما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه، ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر أو عبد، وإنما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل، وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة، أما في بدل الكتابة فلأنه دين غير مستقرّ لثبوته مع المنافي وهو الرق فإن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقرّ: أي ثابتاً من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائها ديناً مستقراً لأنها لتوثيق المطالبة، وإذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة، بل قد تكون هزؤاً ولعباً قوله: **(ولأنه)** دليل آخر على عدم استقراره، فإنه إذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. وقوله: **(ولا يمكن إثباته)**

---

(١) قوله: **(أن ما يقع)** في نسخة العلامة البحراوي: أن ما لا يقع، وكتب عليها بالهامش: أصل النسخ بحذف لا النافية، فليتأمل مع ما يأتي ا هـ.

قال: **(وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه)** وقال زفر: يرجع، ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره، أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال. له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال. ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه، فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه **(ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حرّ تكفل به أو عبد)** لأنه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة، ولأنه لو عجز نفسه سقط، ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل، وإثباته مطلقاً ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد، وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لأنه كالمكاتب عنده.

كونه إذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه **(وإثباته مطلقاً)** في ذمة الكفيل عن هذا الوصف **(ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد)** ولو أثبتناه على الإطلاق على الكفيل وعلى تمكينه من إسقاطه على الأصيل لم يتحد الدين عليهما **(وبدل السعايه كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله كالمكاتب عنده)** للعلة الأولى، لأن له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته، ولا يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده. وقسمها دون العلة الثانية إذ لا يقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه، وعندهما تصح الكفالة به لأنه حر مديون عندهما، وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة. وأما العبد التاجر إذا أدان مولاه ديناً، فإن لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلاً له فالكفالة باطلة لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً، وإن كان عليه دين صحت الكفالة لأن كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجباً في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة، والكفالة بالنفس مثل ذلك إن لم يكن على العبد دين لا تصح، وإن كان صحت.

دليل آخر على المدعي وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة، وتقريره أن الكفالة إن صحت به فلا يخلو إما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصيل وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الأصيل نفسه أو مطلقاً ولا سبيل إلى كل واحد منهما. أما الأول فظاهر لأن الأصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقاً لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك. وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لأن من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم ونفياً للزيادة على الملتزم؛ ألا ترى أن الدين لو كان على الأصيل مؤجلاً كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة، ولو كان جيداً أو زيفاً على الأصيل كان على الكفيل كذلك، والمطلق غير متحد مع المقيد، فلو ألزمناه مطلقاً لزم إلزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز، وأما في غير بدل الكتابة فلأنه إذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لابتنائها عليها، إذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً **(وبدل السعاية كمال الكتابة)** في عدم جواز الكفالة به للمولى **(على قول أبي حنيفة رحمه الله لكونه ديناً غير مستقر لثبوته مع المنافي)** لما أن أحكام المستسعى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحدود وغيرهما. وعلى قولهما تصح لأن بدل الكتابة لم يكن مستقراً لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحرّ المديون، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

قوله: **(وإنما قال بمال الكتابة الخ)** أقول: فيه رد لصاحب النهاية حيث قال: التخصيص بمال الكتابة غير مفيد، فإنه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب، ذكره في المبسوط انتهى. إلا أن في تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأملاً قوله: **(أما في بدل الكتابة، إلى قوله وتقريره أن الكفالة إن صحت الخ)** أقول: وتقريره الأول عندي أن مال الكتابة دين ثبت مع المنافي في النص، وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص، فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة. وتقرير الثاني أنه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا تصح الكفالة به، لأنه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصيل، والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيها فليتأمل. ثم أقول: قوله ولأنه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث، إذ لا يخفى نبو كلام المصنف عما ذكره، بل الظاهر أن قوله ولأنه دليل آخر على المدعي، وقوله ولا يمكن إثباته تتميم الدليل، والله الهادي إلى مستقيم السبيل قوله: **(أما الأول فظاهر)** أقول: فيه تأمل قوله: **(وأما غير بدل الكتابة فلأنه إذا عجز الخ)** أقول: معطوف على ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله أما في بدل الكتابة فلأنه دين غير مستقر.

كتاب الحوالة

قال: **(وهي جائزة بالديون)** قال عليه الصلاة والسلام «من أحيل على مليء فليتبع» ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة، وإنما اختصت بالديون لأنها تنبيء عن النقل والتحويل، والتحويل في الدين لا في العين.

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لأن كلا منهما عقد التزام ما على الأصل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة على ما ستعلم، بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالمركب مع الفرد، والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها. وأيضاً أثر الكفالة أقرب إلى الأصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه. والحوالة اسم من الإحالة، ومنه يقال أحلت زيداً بما له على عمرو فاحتال أي قبل فأنا محيل وزيد محال، ويقال محتال والمال محتال به والرجل محال عليه، ويقال محتال عليه، فتقدير الأصل في محتال الواقع فاعلاً محتول بكسر الواو، وفي الواقع مفعولاً محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول، وإما صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة إليها، بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه، فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه. وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل، ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل إلى محل، ويقال للمحتال حويل أيضاً، فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال ربّ الدين، والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين. وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم، بخلاف الكفالة فإنها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق، وإنما اختلف المشايخ أن الدين أيضاً ينتقل أوّلاً وسنذكره من قريب، فلو أريد التعريف على قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين أو وقول النافين قيل نقل المطالبة فقط قوله: **(وهي جائزة بالديون)** قال ﷺ فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة من حيث أن فيها التزاماً بما على الأصيل كما في الكفالة، ولهذا جاز استعارة كل منهما للآخر إذا اشترط موجب إحداهما للأخرى عند ذكر الأخرى، لكنه أخر الحوالة لأنها تتضمن براءة الأصيل والبراءة تقفو الكفالة فكذا لما يتضمنها. والحوالة في اللغة هي النقل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال. وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به. وأما شرطها فسنذكره في أثناء الكلام، وكذا حكمها وأنواعها. قال: **(وهي جائزة بالديون الخ)** الحوالة جائزة بالديون دون الأعيان، أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل. أما الأول فما روى أبو داود في السنن وقال: حدثنا القعنبي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث بإسناده إلى أبي هريرة: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، ومعناه: إذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل. أمر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون مأموراً به من الشارع فدل على جوازها. وأما الثاني فلأنه قادر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر، وذلك

كتاب الحوالة

قال في البدائع: الأصل أن كل ما لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به انتهى. وفي التتارخانية أنه يجوز إحالة المكاتب سيده على رجل مقيدة بدين أو غصب وديعة، وإذا صحت الحوالة برىء المكاتب وعتق. وقال فيه: وإن أحال سيده غريمه على مكاتبه ولم يقيده بدل الكتابة لا تصح، وإن قيد ببدل الكتابة صحت وصار المكاتب وكيلاً عن السيد بأداء الكتابة إلى غريمه، ولا يعتق ما لم يؤد، فإن مات سيده قبل الأداء إلى آخر ما ذكر في التتارخانية. قال الإتقاني: يحتاج هاهنا إلى معرفة أربعة أشياء: المحيل وهو الذي عليه الدين، والمحتال له وهو الدائن، والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة، والمحتال به وهو المال انتهى. وفي معراج الدراية: يقال أحلت زيداً بما له على رجل فاحتال أي قبل فأنا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محتال عليه ومحال عليه، وتقدير المحتال في الفاعل على محتول بكسر الواو، وفي المفعول بالفتح، وقولهم للمحتال نه لغو لأنه لا حاجة إلى هذه الصلة، ويقال للمحتال حويل قوله: **(والبراءة تقفو الكفالة)** أقول: إذا لم يكن بأمر قوله: **(وفي إصلاح الفقهاء تحويل الدين ألخ)** أقول: هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجيء.

قال: **(وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه)** أما المحتال فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه، وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه، وأما المحيل

«مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»[١] متفق عليه. وأما بلفظ أحيل مع لفظ يتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال: قال رسول الله ﷺ «مطل الغني ظلم، ومن أحيل على مليء فليتبع»[٢] ورواه أحمد وابن أبي شيبة «ومن أحيل على مليء فليحتل»[٣] قيل: وقد يروى فإذا أحيل بالفاء فيفيد الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطل الغني ظلماً، فإذا أحيل على مليء فليتبع لأنه لا يقع في ظلم والله أعلم. ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب، وعن أحمد للوجوب، والحق الظاهر أنه أمر إباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعاً أو المطالبة، فإن بعض الأملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضاررة، فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم، وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه، ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الأمر في إطلاق واحد، فإن جعل للأقرب أضمر معه القيد وإلا فهو دليل الجواز للإجماع على جوازها دفعاً للحاجة، وإنما خصت بالدين لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الأعيان، بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين قوله: **(وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه، أما المحتال فلأن الدين حقه وهو)** أي الدين **(الذي ينتقل بها)** أي بالحوالة **(والذمم متفاوتة)** في حسن القضاء والمطل **(فلا بد من رضاه)** وإلا لزم الضرر بإلزامه إتباع من لا يوفيه **(وأما المحتال عليه فلأنه)** الذي **(يلزمه الدين ولا لزوم إلا بالتزامه)** ولو كان مديوناً للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر **(وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو)** أي المحيل **(لا يتضرّر به بل فيه نفعه)** عاجلاً باندفاع المطالبة عنه في الحل وآجلاً بعدم الرجوع عليه **(لأنه لا يرجع إلا بأمره)** وحيث تثبت الحوالة

يوجب الجواز كالكفالة، وأما اختصاصها بالديون فلأنها تنبىء عن التحويل لما ذكرنا، والتحويل في الدين لا في العين. وتقريره الحوالة تحويل شرعي، والتحويل الشرعي إنما يتصور في محول شرعي وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فجاز أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه. وأما العين إذا كان في محل محسوساً فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن الحس يكذبه فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسي، وليس ذلك مما نحن فيه. قال: **(وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه الخ)** شرط صحة الحوالة رضا المحتال لأن الدين حقه، وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه، ولا خلاف في ذلك لأحد من أهل العلم، وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا. وقال الشافعي: إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط، وبه قال مالك وأحمد لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه، كما لو باع عبداً فإنه لا يشترط رضاه لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء، وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالإجماع، وقلنا إنه إلزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام. لا يقال: إلزام الحاكم بالبينة على المنكر إلزام

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٨٧ و ٢٢٨٨ و ٢٤٠٠ ومسلم ١٥٦٤ وأبو داود ٣٣٤٥ والترمذي ١٣٠٨ والنسائي ٧/ ٣١٧ وابن ماجه ٢٤٠٣ ومالك ٢/ ٦٧٤ والشافعي ٢٤٥ برواية المزني وعبد الرزاق ١٥٣٥٦ و ١٥٣٥٥ وابن الجارود ٥٦٠ والطحاوي في المشكل ٤/ ٨ وأحمد ٢/ ٢٦٠. ٣٧٩. ٣٨٠. ٤٦٥ وابن أبي شيبة ٧/ ٧٩. وابن حبان ٥٠٥٣ و ٥٠٩٠ والبغوي ٢١٥٢ والبيهقي ٦/ ٧٠ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

(٢) حسن. رواه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ٤/ ٥٩. ٦٠ من حديث أبي هريرة. ولم يذكره الهيثمي في المجمع لأن أصحاب الكتب الستة رووه.

وقد ذكره من حديث ابن عمر وقال: رواه البزار، ورجاله رجال الصحيح. خلا الحسن بن عرفة وهو ثقة. وآخره: فليحتل ـ بدل فليتبع انظر المجمع ٤/ ١٣١.

(٣) تقدم قبل رواية الطبراني مع رواية الجماعة.

فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرّر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

قال: **(وإذا تمت الحوالة بريء المحيل من الدين بالقبول)** وقال زفر: لا يبرأ اعتباراً بالكفالة، إذ كل واحد

بغير رضاه كان بغير أمره، وأوّل في الأوضح المذكور في القدوري بما إذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة، فإن قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون إسقاطاً لمطالبة عن نفسه: أعني نفس المحتال عليه فلا تصح إلا برضاه، كذا في الخبازية. واشتراط رضا المحيل وقول الأئمة الثلاثة، قالوا لأن للمحيل إيفاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهراً. وقال ابن قدامة أن رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح. وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها على فرضي الطالب وأجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك، وسنبين الحق فيه عندنا. هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كم قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على إجازته إذا بلغه، وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه، حتى لو أحال على غائب فبلغه فأجاز صحت قوله: **(وإذا تمت الحوالة بالقبول بريء المحيل من الدين)** هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحح من المذهب، وقول طائفة أخرى: لا يبرأ إلا من المطالبة فقط **(وقال زفر: لا يبرأ)** من المطالبة أيضاً، فالنظر في خلاف المشايخ أوّلاً حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر، فالقائلون إن المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضي ذلك. فمنها أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كإبراء الكفيل، ولو انتقل أصل الدين إلى ذمة المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك. ومنها أن المحيل إذا نقد المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول، فلو انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعاً بمال المحتال فلا يجبر على قبوله لغيره. ومنها

بدون الالتزام لأن الحكم إظهار للالتزام لا إلزام، وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعلل بأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم. وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره. قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه إذا كانت بأمره. وقيل: لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة، فإنها حينئذ تكون إسقاطاً لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح إلا برضاه. والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه، والأول إحالة وهو فعل اختياري لا يتصوّر بدون الإرادة والرضا، وهو وجه رواية القدوري، والثاني احتيال يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحتال عليه ورضاه. وهو وجه رواية الزيادات، وعلى هذا اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة بناء على أن إيفاء الحق حقه فله إيفاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي. قال: **(وإذا تمت الحوالة بريء المحيل من الدين بالقبول الخ)** إذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين، وقوله بالقبول متعلق بقوله إذا تمت الحوالة، والمراد به رضا من رضاه شرط فيها على ما تقدم، وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا، فإن منهم من ذهب إلى أنها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعاً، ومنهم من ذهب إلى أنها توجب براءتها عن المطالبة، ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاماً تدل على القولين. فمما يدل على الأول ما قال إن المحتال إذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته ولا إبراؤه، ولو بقي الدين ذمته وجب أن تصح، ولو أبرأ المحال عليه أو وهب الدين منه صح، وهذا يقتضي

قوله: **(وقلنا إنه إلزام الدين الخ)** أقول: فيه بحث، فإن الدين كان ثابتاً في ذمته فليتأمل. قال صاحب البدائع: ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقوله ورضاه، بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفاً عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى، فيه تأمل قوله: **(قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الخ)** أقول: ضمير اشتراطه راجع إلى الرضا، ثم إن القائل هو الكاكي قوله: **(وقيل لعل الخ)** أقول: القائل هو الخبازي نقلاً من الأوضح قوله: **(وعلى هذا اشتراطه الخ)** أقول: قوله اشتراطه مبتدأ، وقوله ليس على ما ينبغي خبره.

منهما عقد توثق، ولنا أن الحوالة للنقل لغة، ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها. أما

أن المحتال إذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح، ولو انتقل الدين صار المحيل أجنبياً عنه، وتوكيل الأجنبي بقبض الدين صحيح. ومنها أن المحتال إذا أبدأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل، فلو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما في الكفيل إلا إن لم يكن للمحيل عليه دين وإلا التقيا قصاصاً، ولو كان الدين يتحول إلى ذمته كان الإبراء والهبة في حقه سواء فلا يرجع. والقائلون إن المذهب ينتقل الدين استدلوا بأن المحتال إذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحولة لا يصح إبراؤه وهبته، ولو بقي الدين في ذمته صح، وجعل شيخ الإسلام هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد، فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين. قال: وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسألتين: إحداهما أن الراهن إذ أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو أبرأه عنه، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن. والثانية إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لأنه بريء بالحوالة، وعند محمد يصح وبريء المحيل لأن أصل الدين باق في ذمته، وإنما تحولت المطالبة ليس غير، وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال: لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين، بل ذكر أحكاماً متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلاً وجعل المحول بها المطالبة لا الدين، واعتبرها في بعض الأحكام إبراء وجعل المحول بها المطالبة والدين، وإنما فعل هكذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين، إذ الحوالة منبئة عن النقل وقد أضيف إلى الدين، واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لأن الحوالة تأجيل معنى، ألا ترى أنه إذا مات المحتال عليه مفلساً يعود الدين إلى ذمة المحيل، وهذا هو معنى التأجيل، فاعتبر المعنى في بعض الأحكام واعتبر الحقيقة في بعضها. نعم يحتاج إلى بيان كمية خصوص الاعتبار في كل مكان، وسيجيب المصنف عن بعضها في خلافية زفر هذه. إذا عرف المذهب حينئذ جئنا إلى خلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع أن كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة، ولأن عدم الانتقال أدخل في معنى التوثق إذ يصير له مكنة أن يطالب كلا منهما فكذا هذا **(ولنا أن الحوالة للنقل لغة**

تحول الدين إلى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه. ومما يدل على الثاني أن المحتال إذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتدّ بالرد كإبراء الكفيل. ولو انتقل أصل الدين إلى المحال عليه وجب أن يرتد برده، كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة والأصيل في الكفالة، فإن الإبراء حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين، والتمليك يرتد بالرد. ومنها أن المحيل إذا نقد ما للمحتال يجبر المحتال على القبول، ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعاً في نقد المال كالأجنبي، والأجنبي إذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر ربّ المال لا تصح لبراءته بالحوالة، وعند محمد على قبوله. قالوا: والأول هو الصحيح لأنه تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله. وقيل الأول قول أبي يوسف والثاني قول محمد، والفائدة تظهر، فالراهن إذا أحال المرتهن بالدين هل يسترده؟ فعند أبي يوسف يسترده كما لو أبرأ عن الدين، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن، وفيما إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته، إذ المتحول بها هو المطالبة لا غير. لا يقال: ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها، لأن انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها إياه. وقال زفر رحمه الله: لا يبرأ لأن الحوالة كالكفالة لأن كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة. وقال ابن أبي ليلى: ونقل ذلك عن مالك رحمهما الله: الكفالة كالحوالة لما ذكرنا، وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة، وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف إلى ما ذكرتم من المشترك بل إلى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة، فإن الحوالة للنقل لغة، ومنه حوالة الغراس، وإذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها. أما الكفالة فللضم وهو يقتضي بناء ما

قوله: **(لأن انتقال الدين بلا مطالبة)** أقول: لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لأن المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لانتقاله إذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فإن فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليتأمل فإن للكلام محلاً بعد.

الكفالة فللضم والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية التوثق باختيار الإملا والأحسن في القضاء، وإنما يجبر على القبول إذا نقد المحيل لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعاً.

ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين **(والدين إذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها، أما الكفالة فللضم)** لغة لأنها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة إلى الذمة **(لأن الأحكام)** يعني العقود **(الشرعية)** المسماة بأسماء تعتبر فيها معاني تلك الأسماء وهو فائدة اختصاصها بأسمائها قوله: **(عقد توثيق)** والتوثيق أن يطالب كلا منهما. قلنا بل التوثق لم ينحصر في ذلك بل يصدق باختيار الإملا والأيسر في القضاء فيكتفي به في تحقيق معنى التوثيق في مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق، وهذا الدليل ينتهض على زفر فإنه قال ببقاء الدين والمطالبة على الأصيل. أما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا، فإنه إذا قال الحوالة تنبىء عن النقل فيعتبر فيها ذلك. قالوا: سلمنا، واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت. لزفر أن تحقيق التوثق يحصل باختيار الإملا الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق. وقوله وإنما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل إذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول، فلو لم يكن الدين باقياً عل المحيل لم يجبر لأنه حينئذ متبرع بشيء من ماله فلا يجبر على قبوله. أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعاً محضاً، وإنما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل إليه بعينه ممكناً مخوفاً قد يتوقع، فأما إن كان فلا لأنه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها، فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة، وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل أصلاً بما إذا وقعت بغير إذن المحيل. وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى إذ ذاك على المحيل شيء، إلا أنه قد يقال لو صح

يضم إليه، والأصل موافقة الأحكام الشرعية للمعاني اللغوية. واعترض بالحوالة بغير أمر المحيل فإنها حوالة صحيحة كمامر، ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض إجمالي. والجواب أنا لا نسلم أن لا نقل فيها فإنها بعد أداء الدين ظاهر التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء قوله: **(والتوثق باختيار الإملا)** جواب لزفر، وتقريره سلمنا أن كل واحد منهما عقد توثق، لكن براءة المحيل لا تنافيه لأن التوثق يتحقق معها باختيار الإملا: أي الأقدر على الإيفاء لبسوطة سعة ذات اليد، والأحسن قضاء بأن يوفيه بالأجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بالموجب. وقوله: **(وإنما يجبر على القبول)** جواب نقض يرد على قوله والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية، وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار أجنبياً منه، فإذا نقده كان الواجب أن لا يجبر المحتال على القبول: أي لا ينزل منزلة القابض إذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود لكون المحيل إذ ذاك متبرّعاً كالأجنبي، وبأداء الأجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول، وتقرير الجواب لا نسلم أن المحيل متبرع في النقد وإنما يكون متبرعاً كالأجنبي إن لو لم يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى وهو يحتمل فلا يكون متبرعاً. قال: **(ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه الخ)** عطف على قوله برىء المحيل: أي إذا تمت الحوالة بالقبول برىء المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشيء إلا أن يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى. وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى لأن براءة المحيل حصلت مطلقة: أي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى، وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد، وكل ما كان كذلك لا يعود إلا بسبب جديد كما في الإبراء، وتأيد بما روي عن ابن المسيب أنه كان له على عليّ رضي الله عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب: اخترت علياً فقال أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع. قلنا: البراءة حصلت مطلقة لفظاً أو مطلقاً، والثاني ممنوع والأول مسلم، لكن لا يفيدكم

قال المصنف: **(إذ كل واحد منها عقد توثق)** أقول: وليس من الوثيقة براءة الأول، بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تعين كما في الكفالة فيها كما تقدم فيها.

قوله: **(كان له على عليّ رضي الله تعالى عنه الخ)** أقول: ليس في حديث عليّ كرّم الله وجهه ما ينافي ما قلنا لعدم دلالته على موت المحال عليه مفلساً كما لا يخفى.

قال: **(ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه)** وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى لأن البراءة حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد. ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود، أو تنفسخ الحوالة لفواته لأنه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع.

هذا لصح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضاً بهذا الوجه لأنه إذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شيء. والحق أن أصل الجواب ساقط فإن انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكلية، وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محال إلى محل ذمة المحال عليه. وعندي أن الجواب هو أن الحوالة بغير إذن المحيل ليست حوالة من كل وجه، لأن حقيقة الحوالة إن كان فعل المحيل الإحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لانتفاء الفعل منه، والنقل إنما هو في حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه حمالة، وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة وإلا استعقبت تمام حكمها وهذا ما وعدناه قوله: **(ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى**[1] **حقه. وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى)** بموت أو إفلاس أو غيره، وهو قول أحمد والليث وأبي عبيد. وعن أحمد إذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم الطلب بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك، لأن الإفلاس عيب في المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع، ولأن المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به **(لأن البراءة)** الحاصلة بالانتقال **(حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد)** ولا سبب فلا عود، ويؤيده ما روي عن ابن المسيب أنه كان له على عليّ رضي الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت علياً فقال له أبعدك الله فمنع رجوعه، ونحن نمنع كون البراءة مطلقة

لجواز ان تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول: إنها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وإن كانت مطلقة لفظاً بدلالة الحال، لأن المقصود من شرع الحوالة التوصل إلى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب، لأن الذمم لا تختلف في الوجوب، وإنما تختلف بالنسبة إلى الإيفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الأول لكونه هو المطلوب، فإذا فات الشرط عاد الحق إلى المحل الأول فصار وصف السلاَمة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بأن اشترى شيئاً فهلك قبل القبض فإنه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن، وإن لم يشترط ذلك لفظاً لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري، وهذا يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدينَ وهو عبارة بعض المشايخ، وقوله أو تنفسخ الحوالة لفواته أي لفوات المقصود وهو السلامة لأنه قابل للفسخ، حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت، وكل ما هو قابل له إذا فات المقصود منه ينفسخ، كالمشتري إذا وجد المبيع معيباً واختار رده فإنه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وإن لم يشترط ذلك في العقد لما مرّ إشارة إلى عبارة آخرين منهم، وهو يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل، فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقي المشايخ رحمهم الله، واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين، ويؤيد ما ذهبنا إليه ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: إذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان، ولا توى على مال مسلم. ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الإجماع. وعورض بأن المحال وقت الحوالة مخير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه إلى ذمة المحال عليه وبين أن يأباها إبقاء لحقه في ذمة المحيل، وكل مخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين عليه ولا يعود إلى الآخر كالمغصوب منه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء، وكالمولى إذا أعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء. والجواب أن قوله إذا اختار أحدهما تعين عليه إما أن يريد به شيئين: أحدهما أصل، والآخر خلف عنه، أو كل واحد منهما أصل، فإن كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد، وإن كان الأول فلا نسلم أنه إذا اختار أحدهما تعين، بل إذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع إلى الأصل لأن اختيار الخلف وترك الأصل لم يكن للتوثق، فإضافة إتواء الحق إلى وصف يقتضي ثبوته فاسدة في الوضع. قال: **(والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين الخ)** توى المال إذا تلف. وهو عند أبي حنيفة

---

(١) جاء في المغرب: تَوِيَ المال: هلك وذهب.

قال: **(والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين: إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه، أو**

بل هي مقيدة معنى بشرط السلامة وإن كانت مطلقة، وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو أن المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لأن الذمم باعتبار هذا القدر متساوية، وإنما تتفاوت في إحسان القضاء وعدمه، فالمقصود التوصل إلى الاستيفاء من المحل الثاني على الوجه الأحسن، وإلا لم ينتقل عن الأول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الأول، فإذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الأصيل فصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لأن البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض، فإذا لم يسلم يعود. يؤيده ما روي عن عثمان رضي الله عنه مرفوعاً وموقوفاً في المحتال إذا مات مفلساً قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل، وقال لا توى على مال امرىء مسلم(١). ولفظ الأسرار قال: إذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان، ولا توى على مال مسلم(٢). وذكر محمد في الأصل عن شريح بمثل ذلك، وهذان الحديثان متعارضان(٣)،

يتحقق بأحد الأمرين: إما أن يجحد المحال عليها لحوالة فيحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لأنه حينئذ لا يقدر على مطالبته، وإما أن يموت مفلساً لأن العجز على الوصول إلى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما. أما في الأول فلما ذكرنا. وأما في الثاني فلأنه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة إسقاط، فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع، وقالا: هذان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه بالشهود حال حياته، وهذا الاختلاف بناء على أن الإفلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافاً لهما، قال: التوى هو العجز عن الوصول إلى الحق وقد حصل هاهنا لأنه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه، وقال: عجز عن ذلك عجزاً يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لأن مال الله غاد ورائح، وقد تقدم معناه في الكفاءة فلم يكن كالموت. ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلساً وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط. وعن الشافعي أن القول قول الطالب مع يمينه على علم لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة، يقال أفلس الرجل إذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر، وفلسه القاضي: أي قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة. قال: **(وإذا طالب المحتال عليه المحيل الخ)** إذا طالب المحتال عليه بمثل مال الحوالة مدعياً قضاء دينه من ماله فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لأن سبب الرجوع وهو قضاء دينه بأمره قد تحقق بإقراره إلا أنه يدعي عليه ديناً وهو ينكر، والقول قول المنكر والبينة للمحيل، فإن أقامها بطل حق المحتال عليه في الرجوع. فإن قيل: لم لا يجوز أن تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه؟ أجاب بقوله لأنها قد تكون بدونه: أي الحوالة قد تكون بدون الدين المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ يكون التقييد بالدين تقييداً بلا دليل **(وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل)** فإن قيل: الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه أن دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فإن

---

(١) موقوف ضعيف. أخرجه البيهقي ٦/ ٧١ بسنده عن عثمان موقوفاً.

وقال البيهقي: قال الشافعي: احتجَّ به محمد بن الحسن، وزعم أنه عن رجل مجهول عن رجل معروف منقطع عن عثمان فهو في أصل قوله: يبطل من وجهين وهو وإن ثبت عن عثمان لم يكن فيه حجة لأنه لا يدري، أقال ذلك في الحوالة أو الكفالة ا هـ كلام الشافعي.

قال البيهقي: الراوي المجهول هو خليد بن جعفر لم يحتج به البخاري، وروى له مسلم متابعة. وأما الانقطاع: فمعاوية بن مرة لم يدرك عثمان. وتعقبه ابن التركماني: بأن مسلماً احتج بخليد بن جعفر. وأما الانقطاع: فمردود، فقد ذكر ابن عساكر أن لمعاوية بن مرة رؤية، وحكى عن ابن سعد أنه عده في الطبقة الثانية. قلت: لعل ابن التركماني أصاب أولاً، ولم يصب ثانياً قال الحافظ في التقريب: خليد/ م ت س.

وعلى هذا روى له مسلم. وإلا لذكر أنه متابعة فيجعل عند ذلك بعد الميم (عو) فيقول: م عو. وأما الانقطاع: فهو الصواب. قال الحافظ في التقريب: معاوية بن قرة ثقة عالم من الثالثة مات سنة ثلاث عشر وهو ابن ست وسبعين سنة ا هـ. وعلى هذا مات عثمان قبل ولادته، فكيف يكون متصلاً.

تنبيه: وأما كونه مرفوعاً، فلم يروه أحد، ولا أصل له في المرفوع، والموقوف ضعيف.

(٢) هو المتقدم.

(٣) يعود الضمير على أثر علي مع ابن المسيب في الورقة المتقدمة وعلى أثر عثمان والله أعلم بالصواب.

يموت مفلساً) لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة **(وقالا هذان الوجهان. ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته)** وهذا بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً لهما، لأن مال الله غاد ورائح.

فإن كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافآ. هذا واختلفت عباراتهم في كيفية العود فقيل بفسخ الحوالة أي بفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، وقيل تنفسخ ويعود الدين كالمبيع إذا هلك قبل القبض، وقيل في الموت عن إفلاس تنفسخ ويعود، وفي الجحود يفسخ ويعاد، وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه. قلنا: لا نسلم بل له الرجوع إلا أنه سقطت المطالبة بالإعسار ولهذا كلما ظهر لأحدهما مال أخذه كما في الكفيل والمكفول عنه إذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة، ثم لا يدل على أن المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه. قالوا: مال الحوالة جعل كالمقبوض، لأنه لو لم يكن كالمقبوض لأدى إلى الافتراق عن دين بدين، ولأنه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف. ولولا أنه كالمقبوض لم تجز الحوالة. وإذا مات المحيل مفلساً لا يكون المحتال أسوة للغرماء، وإذا كان كالمقبوض لا يرجع. قلنا: ليس كالمقبوض وإلا لجاز للمحتال أن يشتري شيئاً من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشتري به من المحتال عليه. وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار ديناً بدين إنما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض. وأما الصرف والسلم فحجة لنا لأنه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فإنه إذا أحال بهما فلو افترقا من غير قبض يفسد العقد، ولو كانت الحوالة قبضاً لكان هذا افتراقاً بعد القبض فلا يفسد العقد، وأما كون المحتال لا يصير أسوة الغرماء إذا مات ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع. قال في الجامع الكبير: ولو أن المحال أخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالحصص لأن هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكاً للمحال لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصوّر لكن تعلق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال أخص به ما لم تثبت اليد بدليل أن العبد المأذون إذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته ثم وكسبه بين الكل بالحصص انتهى. وإذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله: **(والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله بكل من أمرين: إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه)** للمحتال ولا للمحيل، فقوله **(له)** يعني كلا من المحيل والمحتال **(أو يموت مفلساً)** لا مال له معيناً ولا ديناً ولا كفليل عنه بدين المحتال، وعندهما بهذين. ووجه آخر وهو أن يحكم حاكم بإفلاسه، وهذا بناء على أن تفليس القاضي يصح عندهما، وعنده لا يصح لأنه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل. والتوى التلف، ويقال منه توى بوزن علم يتوى وهو تو وتاو. ولو قال المحتال مات مفلساً وقال

لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل، فيجوز أن يكون مراده من لفظ ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لأن في ذلك نوع مخالفة للظاهر. قال: **(ومن أودع رجلاً ألف درهم الخ)** اعلم أن الحوالة على نوعين: مقيدة، ومطلقة. فالمقيدة على نوعين: أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة أو الغصب. والثاني أن يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه. والمطلقة وهي أن يرسلها إرسالاً لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وإن كان له ذلك عليه أو في يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين أيضاً على نوعين حالة ومؤجلة. فالحالة هي أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف حالة فإنها تكون على المحال عليه كذلك لأنها لتحويل الدين من الأصيل فيتحول على الصفة التي على الأصيل والفرض أنها كانت على الأصيل حالة فكذا على المحال عليه، وليس للمحال عليه أن يرجع على الأصيل قبل الأداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة. والمؤجلة

قال المصنف: **(فصار كوصف السلامة في المبيع)** أقول: بأن اشترى شيئاً فهلك قبل القبض فإنه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وإن لم يشترط ذلك لفظاً لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري، وهذا التقرير ناظر إلى الكلام الأول، فالمصنف جمع بين طريقي المشايخ واستخدام قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين.

قال: (**وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين**) لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر، ولا تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه لأنها قد تكون بدونه.

المحيل بخلافه ففي الشافي والمبسوط: القول للطالب مع اليمين على العلم لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة، ولو كان حياً فزعم أنه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته.

وفي شرح الناصحي: القول للمحيل مع اليمين لإنكاره عود الدين قوله: (**وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل**) إنما (**أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لأن سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاؤه دينه بأمره، ولأن المحيل يدعي ديناً عليه وهو ينكر والقول للمنكر**) ولا يقال: قبول الحوالة من المحتال عليه إقرار بالدين عليه. لأنا نقول: ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك، بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالأداء من وجه والقبض (**وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به وقال إني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني بدين عليك، فالقول للمحيل لأن المحتال يدعي عليه**) أي على المحيل (**ديناً وهو ينكر**) فالقول له لأن فراغ الذمة هو الأصل، وبه قال الشافعي في وجه، وفي وجه آخر القول للطالب لأن الحوالة بالدين ظاهراً، فما قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول أحمد. وقول المصنف (**ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه**) جواب عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال، ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة متواطىء فيهما وإلا فادعاؤه مجازاً متعارفاً يخص قولهما فإن الحقيقة عند أبي حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف، وقد تكلف شمس الأئمة حين استبعد التواطؤ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما إذا استوفى المحتال الألف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعاً من المحتال عليه بهذه الألف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلاً في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وإنما بعته لنفسي فالقول للمحيل، لأن أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر أنه له انتهى. وظاهره تخصيص المسألة بنحو هذه الصورة، وليس كذلك بل جواب المسألة مطلق في سائر الأمهات. والحق أنه لا حاجة إلى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لأن ثبوت الدين على الإنسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالته مثل له عليّ أو في ذمتي لأن فراغ

هو أن يكون الدين على الأصيل مؤجلاً فيحيل مؤجلاً على المحال يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة. والمؤجله هو أن يكون الدين على الأصيل مؤجلاً فيحيل مؤجلاً على المحال عليه بذلك الأجل فإن المال يكون على المحال عليه إلى ذلك الأجل، لأنه قبلها كذلك. إذا عرف هذا، فقوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه وديعة، وقوله لأنه أقدر على القضاء دليل جوازه، وذلك لوجهين: أحدهما أن الأداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الأداء فكان أقدر. والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج إلى كسب والدين قد يحتاج إليه، وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين، فلأن تكون جائزة بالعين أجدر، فإن هلكت الوديعة برىء المودع وهو المحال عليه، وليس للمحال شيء عليه لتقيدها بها: أي لتقيد الحوالة بالوديعة لأنه ما التزم الأداء إلا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين. وقوله بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الألف مغصوباً عند المحال عليه، وقيد الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوبة، وأنها إذا هلكت لا يبرأ الغاصب لأن المغصوب إذا هلك وجب على الغاصب مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً فكان الفوات بهلاكه فواتاً إلى خلف، وذلك كلا فوات فكان باقياً حكماً. وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً بيان لجوازها مقيدة بالدين كما إذا كان لرجل على آخر ألف درهم وللمديون على آخر كذلك وأحال المديون الطالب بدينه على مديونه بألف على أن يؤديه من الألف التي للمطلوب عليه فإنها جائزة، وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصباً وبالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها لأنه تعلق به حق

قال: **(وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل)** لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه.

الذمة كان ثابتاً بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته إلا بمثله من اللفظ، ومنه نحو قوله اتزنها في جواب لي عليك ألف للتيقن بعود الضمير في اتزنها على الألف المدعاة، بخلاف مجرد قوله أحلتك قوله: **(ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء)** لتيسر ما يقضى به وحضوره، بخلاف الدين عليه **(فإن هلكت بريء)** المحال عليه وهو المودع **(لتقيدها بها)** أي لتقيد الحوالة بالوديعة التي هلكت **(فإنه)** أي الرجل **(ما التزم الأداء إلا منها، بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة)** بعين **(مغصوب)** عرض أو ألف ردهم مثلاً، فإنه إذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لأن الواجب على الغاصب ردّ العين، فإن عجز ردّ المثل أو القيمة، فإذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ **(لأن)** له خلفاً و **(الفوات إلى خلف كلا فوات)** فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال **(وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً)** بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام: مقيدة بعين أمانة، وبعين مضمونة، وبدين خاص **(وحكم المقيدة في هذه الجملة)** أعني الأقسام الثلاثة **(أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه)** بذلك العين ولا بذلك الدين **(لأن الحوالة)** لما قيدت بها **(تعلق حق الطالب به)** وهو استيفاء دينه منه **(على مثال الرهن)** وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز؛ فلو دفع المحال عليه أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب فإنه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما إذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لأنه يستحقه. ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر أنه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي أن يختص المحتال بذلك الدين الذي أحيل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال: **(وإن كان)** أي المحتال **(أسوة الغرماء)** فيه **(بعد موت المحيل، وهذا لأنه لو بقي)** للمحيل **(حق المطالبة)** بما أحال به من الأمر المعين **(فيأخذه منه بطلت الحوالة و)** الواقع **(أنها حق المحتال)** فليس له أن يبطل حقه، وترك الفرق بين الرهن والمحال به ديناً أو عيناً، والفرق ما قدمناه أنه وإن كان حق المحتال متعلقاً بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص، وإذا كان المحتال أسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه، وهو ظاهر لتقيد الحوالة بذلك المقسم. هذا ومن أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين أنه لو أبرأ المحتال المحتال عليه صح الإبراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه بدينه، ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه

المحتال فإنه إنما رضي بنقل حقه إلى المحال عليه بشرط أن يوفي حقه مما للمحيل عليه أو بيده فتعلق به حق استيفائه، وأخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذها. ولو دفعها المودع أو غيرها إلى المحيل ضمن لأنه استهلك محلاً مشغولاً بحق الغير على مثال الرهن، فإن الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الأخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن. وقوله وإن كان أسوة للغرماء إشارة إلى حكم آخر يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقاء حكم الأخذ للمحيل والراهن، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئاً سوى العين الذي له بيد المحال عليه أو الدين الذي عليه فالمحال أسوة الغرماء بعد موته خلافاً لزفر رحمه الله، وهو القياس لأن دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار أجنبياً من هذا المال ولهذا لا يكون له أن يأخذه في حال حياته فكذا بعد وفاته، ولأن المحال كان أسبق تعلقاً بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق فى صحته فيقدم المحال على غيره

قوله: **(فإن لفظ الحوالة الخ)** أقول: كما سيجيء في كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجعه. قال العلامة الكاكي: قيل المجاز لا يعارض الحقيقة، فاحتمال المجاز لا يخرجه عن إرادة الحقيقة. أجيب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرجه عن إرادة الحقيقة، ولو لم يخرجه كان محتملاً فلا يدل على الإقرار انتهى وفيه تأمل قوله: **(لما في الوكالة من نقل التصرف الخ)** أقول: فيه شيء.

قال: **(ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء، فإن هلكت برىء)** لتقيدها بها، فإنه ما التزم الأداء إلا منها، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب لأن الفوات إلى خلف كلافوات، وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً، وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل، وهذا لأنه لو بقي له مطالبته فيأخذه

لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه. والفرق أن الهبة من أسباب الملك، وكذا الإرث، فملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما لو ملكه بالأداء، ولو أدى لا يرجع المحيل عليه، فكذا إذا ملكه بالهبة، بخلاف الإبراء فإنه في الأصل موضوع للإسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وإنما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقي دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه وقوله: **(بخلاف المطلقة)** يتصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين. والحاصل أن الحوالة قسمان، مقيدة كما ذكرنا، ومطلقة. وهي أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالألف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه، فإذا أحال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالب به **(لأنه)** أي الشأن **(لا تعلق لحق المحتال به)** أي بذلك العين أو الدين لوقوعها مطلقة عنه **(بل بذمة المحتال عليه)** وفي الذمة سعة **(فيأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة)** وما عليه يرجع إلى الدين أو الغصب أو عنده يرجع إلى الوديعة. ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء. وتنقسم المطلقة إلى حالة ومؤجلة. فالحالة أن يحيل الطالب بألف وهي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لأن الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي على الأصيل وليس للمحتال عليه أن يرجع على الأصيل قبل أن يؤدي، ولكن له إذا لوزم أن يلازمه، وإذا حبس أن يحبسه. والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف إلى سنة فأحال الطالب عليه إلى سنة كانت عليه إلى سنة؛ ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد، وقالوا: ينبغي أن تثبت مؤجلة كما في الكفالة لأنه تحمل ما على الأصيل بأي صفة كان، فلو مات المحيل لم يحل المال على المحتال عليه، لأن حلول الأجل في حق الأصيل لاستغنائه عن الأجل بموته، ولا يتأتى ذلك في حق المحال عليه لأنه حي محتاج إلى الأجل، ولو حل عليه إنما يحل بناء على حلوله على الأصيل فلا وجه له لأن الأصيل بريء عن الدين في أحكام الدنيا والتحق بالأجانب؛ ولو مات المحال عليه قبل الأجل والمحيل حيّ حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الأجل بموته؛ فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله الأجل سقط حكماً للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه

كالمرتهن. قلنا: العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكاً للمحال بعقد الحوالة لا يداً وهو ظاهر، ولا رقبة لأن الحوالة ما وضعت للتمليك وإنما وضعت للنقل فتكون بين الغرماء، وأما المرتهن فإنه ملك المرهون يداً وحبساً فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه قوله: **(وهذا)** إشارة إلى قوله أن لا يملك المحيل، وتقريره ما ذكرناه آنفاً، وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وأنها لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لأن الضمير للشأن لا تعلق لحق المحال به: أي بما عند المحال عليه أو عليه، بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة، وعلى هذا ليس للمودع والغاصب أن يؤدي دين المحال من الوديعة والغصب، وللمحيل أن يأخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت. قال: **(وتكره السفاتج الخ)** السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرّب، أصله سفته يقال للشيء المحكم، وسمى هذا القرض به لإحكام أمره. وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالاً قرضا ليدفعه إلى صديقه، وقيل هو أن يقرض إنساناً مالاً ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق، وهو نوع نفع استفيد

قوله: **(والمطلقة، إلى قوله، على نوعين حالة ومؤجلة)** أقول: قوله والمطلقة مبتدأ، وقوله على نوعين خبره قوله: **(وقوله بخلاف الخ)** أقول: قوله وقوله مبتدأ، وقوله بيان لجوازها خبره.

منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال، بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده.

قال: **(ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق)** وهذا نوع نفع استفيد به «وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جزء نفعاً».

مفلساً فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الأجل، كما لو باع المديون بدين مؤجل عبداً من الطالب ثم استحق العبد عاد الأجل لأن سقوط الأجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا قوله: **(ويكره السفاتج)** جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم، سمى هذا القرض به لإحكام أمره. وصورته أن يدفع في بلدة إلى مسافر قرضاً ليدفعه إلى صديقه أو وكيله مثلاً في بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لأنه ﷺ نهى عن قرض جرّ نفعاً[1]، رواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حمزة، أنبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال: سمعت علياً رضي الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: «كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا»[2] وهو مضعف بسوار بن مصعب، قال عبد الحق: متروك، وكذا قال غيره. ورواه أبو الجهم في جزئه المعروف عن سوار أيضاً. وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «السفتجات حرام»[3] وأعله بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين، وذكره ابن الجوزي في الموضوعات. وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا خالد الأحمر عن حجاج عن عطاء قال: كانوا يكرهون كل قرض جرّ منفعة[4]، وفي الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطاً في القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد، ولو لم يكن مشروطاً جاز. وصورة الشرط ما في الواقعات رجل أقرض رجلاً مالاً على أن يكتب له به إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بغير شرط وكتب جاز، وكذا لو قال اكتب لي سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه. وفي كفاية البيهقي: سفاتج التجار مكروهة، ثم قال: إلا أن يقرض مطلقاً ثم يكتب السفتجة فلا بأس به، كذا روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما؛ ألا ترى أنه لو قضاه بأحسن مما له عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطاً قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا. والذي يحكى عن أبي حنيفة أنه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لأن ذلك لا يكون انتفاعاً بملكه، كيف ولم يكن مشروطاً ولا متعارفاً، وإنما أورد القدوري هذه المسألة هنا لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة، والله أعلم.

بالقرض، وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جرّ نفعاً. وقيل: هذا إذا كانت المنفعة مشروطة؛ وأما إذا لم تكن فلا بأس بذلك. ثم قيل: إنما أورد هذه المسألة في هذا الموضع لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فإنها معاملة أيضاً في الديون، والله أعلم.

قوله: (ثم قيل) أقول: القائل صاحب النهاية.

---

(١) هو الآتي.

(٢) واه بمرة. أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده كما في المطالب العالية ١٣٧٣ من حديث علي.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٦٠: قال عبد الحق: فيه سوار بن مصعب وهو متروك. وقال ابن عبد الهادي: ورواه أبو الجهم في جزئه المعروف وقال: إسناده ساقط، وسوار متروك اهـ.

(٣) باطل. أخرجه ابن عدي في الكامل ١/ ٢٦٨ من حديث جابر بن سمرة وأعله بإبراهيم بن نافع الجلاّب وقال عنه: منكر الحديث، وأعله أيضاً بعمر بن موسى بن وجيه، ومن طريق أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٢٤٩.

(٤) هذا هو الصواب. فقد أخرج البيهقي ٥/ ٣٥٠ بسند جيد وابن الجوزي في التحقيق ٣/ ٢٧/ ١ كلاهما عن ابن عباس موقوفاً بنحوه. وورد عن أبي بن كعب موقوفاً أخرجه البيهقي أيضاً. وأخرجه عن ابن مسعود في ٥/ ٣٥٠. ٣٥١ و ٦/ ٣٩ بنحوه. وأخرجه البيهقي عن فضالة بن عبيد صاحب رسول الله ﷺ قال: كل قرض جرّ منفعة، فهو وجه من وجوه الربا. فهذه الموقوفات حجة في هذا المقام، والاجتماع على هذا.

كتاب أدب القاضي

قال: (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الأول فلأنّ

كتاب أدب القاضي

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء. والأدب الخصال الحميدة والقاضي محتاج إليها فأفادها، وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن يفعله ويكون عليه؛ وسميت الخصال الحميدة أدباً لأنها تدعو إلى الخير، والأدب في الأصل من الأدب بسكون الدال هو الجمع والدعاء، وهو أن تجمع الناس وتدعوهم إلى طعامك، يقال منه أدب زيد يأدب أدباً بوزن ضرب يضرب ضرباً إذا دعاك إلى طعامه فهو آدب، والمأدبة الطعام المصنوع المدعو إليه، ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل:

ورثوا السؤدد عن آبائهم ... ثم سادوا سؤدداً غير زمر
نحن في المشتاة ندعو الجفلى ... لا ترى الآدب فينا ينتقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود: إن هذا القرآن مأدبة الله، فمن دخل فيه فهو آمن. وروي عنه أيضاً مأدبة الله فتعلموا من مأدبته، بفتح الدال: أدى تأديبه، وكان الأحمر يجعلهما لغتين. قال أبو عبيد: لم أسمع أحداً يقول هذا غيره. وأما القضاء فقال ابن قتيبة: يستعمل لمعان كلها ترجع إلى الختم والفراغ من الأمر: يعني بإكماله. وفي الشرع يراد به الإلزام، ويقال له الحكم لما فيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس. وأما وصف القضاء ففرض كفاية، فلو امتنع الكل أثموا هذا إذا كان السلطان لا يفصل بنفسه، فإن فعل لم يأثموا كما في البزازية، وللسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لأنه لا بد من إيصال الحقوق إلى أربابها بإلزام المانعين منها، ولا يكون ذلك إلا بالقضاء، وقد أمر الله تعالى به نبيه ﷺ فقال تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة: ٤٩] وقَبْلَهُ ﷺ داود بقوله تعالى: ﴿فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى﴾ [ص: ٢٦] وبعث ﷺ: «علياً قاضياً على اليمين[1] ومعاذاً وقال له: بم تقضي؟ فقال: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد، قال: بسنة

كتاب أدب القاضي

لما كان أكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي، والقاضي يحتاج إلى خصال حميدة يصلح بها للقضاء، وهذا الكتاب لبيان ذلك. والأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة لذلك يتخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل قاله أبو زيد. ويجوز أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله تعالى أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمداً صلوات الله عليهم أجمعين، قال الله تعالى: ﴿إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون﴾ وقال: ﴿وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ قال: **(ولا تصح ولاية القاضي الخ)** لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول، واختاره

كتاب أدب القاضي

قال في لطائف الإشارات في كتاب الرجوع من شهادة الكافي: القاضي بتأخير الحكم آثم وعزل وعزر انتهى. قال الإمام السرخسي في مبسوطه: وإن طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضي الله تعالى عنه قال: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن. وفي رواية: ردوا الخصوم من ذوي الأرحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين إن طمع في الصلح، لأن في زيادة على ذلك إضرار لصاحب الحق، وإن لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بجواب عليه ردهم، وإنما الواجب عليه ما قلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك قوله: **(لما كان أكثر المنازعات الخ)** أقول: ما ذكره يقتضي إيراده عقيب

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٨٢ والترمذي ١٣٣١ والنسائي في خصائص علي ٣٤ وأبو يعلى ٣٧١ وغيرهم وسيأتي بعد أحاديث مع ذكر لفظه.

حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء، والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح، إلا أنه لا ينبغي

رسول الله ﷺ، قال: فإن لم تجد، قال: أجتهد برأيي»[1] فأقره وعليه إجماع المسلمين قوله: (**لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد**) هذا لفظ القدوري، وذكر المولى على لفظ المفعول للإشعار بأنه ألقى عليه الفعل من غير طلب له منه كما هو الأولى (**أما الأول**) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (**فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة**) يعني كل من القضاء والشهادة يستمد من سر واحد هو شروط الشهادة من الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدوداً في قذف، والكمال فيه أن يكون عدلاً عفيفاً عالماً بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة.

[فرع] قلد عبد فعتق جاز أن يقضي بتلك الولاية من غير حاجة إلى تجديد، كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق، كذا في الخلاصة في أول كتاب القضاء. وذكر بعد ورقة: لو قلد قضاء مصر لصبي فأدرك ليس له أن يقضي بذلك الأمر، ولو قلد كافر القضاء فأسلم قال محمد: هو على قضائه، ولا يحتاج إلى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد. والفرق أن كلاً منهما له ولاية وبه مانع، وبالعتق والإسلام يرتفع، أما الصبي فلا ولاية له أصلاً. وما في الفصول: لو قال لصبي أو كافر إذا أدركت فصلّ بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبيّ، لأن هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط، وما تقدم تنجيز، وإذا لم تصح ولاية الصبي قاضياً لا يصح سلطاناً، فما في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان إذا مات فقد سأله في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال: ينبغي أن

على المتولي بلفظ اسم الفاعل إشارة إلى أن القاضي ينبغي أن يكون قاضياً بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الإسلام والحرية والعقل والبلوغ، ويكون: أي المولى من أهل الاجتهاد. أما الأول: يعني اشتراط شرائط الشهادة فلأن حكم القضاء يستقى: أي يستفاد من حكم الشهادة لأن كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لأن ولاية القضاء لما كانت أعم أو أكمل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشتراطها، وربما لوّح المصنف بقوله فيستقى استعارة للاستفادة إلى ذلك، وعلى هذا كل ما كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لأهليته للشهادة، حتى لو قلد جاز، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد لأنه لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته،

كتاب الدعوى. وأيضاً كان ينبغي أن يبين وجه التأخير عن الكتاب الذي قبله على ما هو دأبهم قوله: (**قال الله تعالى: ﴿إنا أنزلنا التوراة﴾ الخ**) أقول: ليس في الآية دلالة على أمر الله تعالى كل مرسل به قال المصنف: (**حتى يجتمع في المولى**) أقول: قال في الكفاية: المولى على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير إياه بدون طلبه وهو الأولى للقاضي على ما يجيء إن شاء الله تعالى انتهى. وفي وجه الدلالة نوع خفاء فإنه يطلق عليه المولى وإن طلبه قوله: (**لابطلبه التولية**) أقول: كما يدل عليه صيغة التفعل فإنها للتكليف الذي يستلزم الطلب قوله: (**شرائط الشهادة**) أقول: أي شرائط أداء الشهادة على المسلمين، وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذي تقدم في قوله حتى يجتمع في المولى.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٥٩٢ والترمذي ١٣٢٧ وأحمد ٥/ ٢٣٠. ٢٣٦. ٢٤٢ كلهم من طريق شعبة عن أبي عون الثقفي عن الحارث بن عمرو عن رجال من أصحاب معاذ فذكره وهو بزيادة: ولا آلو فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله ﷺ لما يرضي رسول الله.

السياق لأبي داود، واختصر الترمذي من كلمات يسيرة. وهو مرسل حيث ليس فيه ذكر معاذ عندهما وذكره أحمد في رواياته. ثم رواه أبو داود ٣٥٩٣ والترمذي ١٣٢٨ من هذا الوجه بزيادة: عن أناس من أهل حمص عن معاذ عن النبي ﷺ

وقال الترمذي: هذا الحديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل، وأبو عون الثقفي اسمه محمد بن عبيد الله.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٦٣ بعد أن ذكر كلام الترمذي: وقال البخاري في تاريخه الكبير: الحارث بن عمرو الثقفي عن أصحاب معاذ عن معاذ روى عنه أبو عون، ولا يصح، ولا يعرف إلا بهذا وهو مرسل اهـ قلت: ومع الإرسال علة ثانية وهي جهالة الحارث الثقفي كما في التقريب: وكما أشار إلى ذلك البخاري والله أعلم.

أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته، ولو قبل جاز عندنا، ولو كانا القاضي عدلاً

يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطاناً، وتقليد القضاء منه غير أنه يعدّ نفسه تبعاً لابن السلطان تعظيماً وهو السلطان في الحقيقة انتهى. ومقتضى هذا أنه يحتاج إلى تجديد بعد بلوغه، وهذا لا يكون إلا إن عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة، وذلك أن السلطان لا ينعزل إلا بعزله نفسه وهذا غير واقع. وأما الذكورة فليست بشرط إلا للقضاء في الحدود والدماء فتقضي المرأة في كل شيء إلا فيهما. وقد اختلف في قضاء الفاسق، فأكثر الأئمة على أنه لا تصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته. وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله، لكن الغزالي قال: اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا لخلوّ العصر عن المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه السلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً فاسقاً، وهو ظاهر المذهب عندنا، فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد. والحاصل أنه إن كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك، ولو ولي صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها، وإن قبل نفذ الحكم بها، وفي غير موضع ذكر الأولوية: يعني الأولى أن لا تقبل شهادته، وإن قبل جاز، ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها فإن قضى جاز ونفذ **(ولو كان عدلاً)** قبل الولاية فولى **(ففسق)** وجار **(بأخذ الرشوة وغيرها)** من أسباب الفسق **(لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)** البخاريون والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول. وقيل إذا ولي عدلاً ثم فسق انعزل لأن عدالته في معنى المشروطة في ولايته، لأنه حين ولاه عدلاً اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها، ولا شك أنه لو لزم ذلك انعزل فإن الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما إذا قال له إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها، وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم، والإضافة كأن يقول: جعلتك قاضياً في رأس الشهر، ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضياً إلا في قضية فلان أو لا تنظر في قضية كذا، لكن لا يلزم ذلك إذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحه تقييدها به على وجه تزول بزواله فلا ينعزل. وبهذا التقرير اندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء، وفي الابتداء يجوز ولاية الفاسق، ففي البقاء لا ينعزل. واتفقوا في الإمرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة. ثم الدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله ﷺ حين بعث البعث إلى مؤتة وأمّر عليهم زيد بن حارثة «إن قتل زيد فجعفر

ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظراً إلى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم ﷺ بالخيرية، وإلى ظاهر حال المسلم في غيرهم، ولو كان عدلاً ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة أو غيرها مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل إذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الأمر، وهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل، وإليه أشار الإمام البزدوي. وقوله وهذا إشارة إلى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب. وروي عن الكرخي أنه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك وإلى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فإن اختيار الطحاوي أن الفاسق إذ قلد القضاء لا

قوله: **(لأن كل واحد الخ)** أقول: في دلالته على الصغرى كلام يندفع بما في النهاية من اعتبار الأشهرية. قال في النهاية: هذا من قبيل بيان حكم المرجع: أي مرجعهما إلى أصل واحد، وهو أن يكون القاضي حراً مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً كما في الشهادة، لا أن يكون حكم القضاء مبنياً على حكم الشهادة، لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس، يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك، ولأن أصل الولاية يثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكمال الشيء لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلاً لأهلية القضاء بهذا ولأن الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى. قوله: **(لأن ولاية القضاء الخ)** أقول: هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية قوله: **(أو أكمل من ولاية الشهادة)** أقول: إذ به يقطع النزاع قوله: **(أو مترتبة عليها كانت أولى الخ)** أقول: في ثبوت الأولوية في صورة الترتيب بحث كما لا يخفى. لا يقال: إن القضاء بالشهادة لما كان مشروطاً بها يكون شرط الشهادة شرطاً لها.

ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل، وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله.

أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة»[1] وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي. ثم الرشوة أربعة أقسام: منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة ثم لا يصير قاضياً. الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق أو بباطل. أما في الحق فلأنه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه. وأما في الباطل فأظهر. وحكى في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال: لا ينفذ فيما ارتشى فيه، وينفذ فيما سواه. وهو اختيار شمس الأئمة، لا ينفذ فيهما، ينفذ فيهما، وهو ما ذكر البزدوي، وهو حسن لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ، وخصوص هذا الفسق غير مؤثر، وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل الله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء إذا كان بعلمه، ولا فرق بين أن يرتشي ثم يقضي أو يقضي ثم يرتشي، وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث إلى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني، لأن الأول عمل في هذا لنفسه حين أخذ الرشوة وإن كان كتب إلى الثاني ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب إليه، والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتساباً في أنه ينفذ قضاؤه وإن كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء. الثالث أخذ المال ليسوّي أمره عند السلطان دفعاً للضرر أو جلباً للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع، وحيلة حلها للآخذ أن يستأجره يوماً إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني. وفي الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال: حلال من الجانبين كالإهداء للتودد. وحرام من الجانبين كالإهداء ليعينه على الظلم، حلال من جانب المهدى حرام على الأخذ وهو أن يهدى ليكفّ عنه الظلم. والحيلة أن يستأجره الخ، قال: هذا إذا كان فيه شرط، أما إذا كان الإهداء بلا شرط ولكن يعلم يقيناً أنه إنما يهدي إليه ليعينه عند السلطان فمشايخنا على أنه لا بأس به، ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به، وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع. الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه وماله حلال للدافع

يصير قاضياً، والأول أظهر لقوله **(وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه، وهو قول الشافعي فإنه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده)** وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص، فإن الأعمال من الإيمان عنده، فإذا فسق فقد انتقص إيمانه **(وقال بعض المشايخ إنه إذا قلد الفاسق يصح، ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لأن المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضياً بتقليده دونها)** فكان التقليد مشروطاً ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها. واعترض بأن قول الفقهاء البقاء أسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء، والعزل بالفسق الطارىء، والأول ثابت لأنه من مسلّمات هذا

بالطريق الأولى لكونه مشروطاً بذلك الشرط لأنه مغالطة كما لا يخفى قوله: **(ولو قيل جاز، إلى قوله: في غيرهم)** أقول: فيه أن ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل. نعم يدل على عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فإنه لا يصح أن يكون ما ذكره مبني لجواز قبول شهادة الفاسق قوله: **(وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ)** أقول: مسلم كما لا يخفى فإن قضاءه فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء قوله: **(وهذا إشارة إلى أن استحقاق الخ)** أقول: الظاهر إسقاط أن في قوله إلى أن الخ، ثم أقول: وعلى الأول تدل عبارة الكافي حيث قال: ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى قوله: **(ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك)** أقول: يتأويل ما ذكر قوله: **(والأول أظهر لقوله الخ)**.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٢٦١ وابن حبان ٤٧٤١ وأبو نعيم في الحلية ١/١١٧ من حديث ابن عمر وتمامه: قال عبد الله ـ أي ابن عمر ـ كنت معهم تلك الغزوة، فالتمَسْنا جعفر بن أبي طالب، فهوجدناه في القتلى، ووجدنا فيما نيل من جسده بضعاً وسبعين ضربة ورمية. وانظر هذا الخبر في المغازي، والسير باب غزوة مؤتة.

وقال الشافعي رحمه الله: الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده، وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه. وقال بعض المشايخ رحمهم الله: إذا قلد الفاسق ابتداء يصح، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضياً بتقليده دونها، وهل يصلح الفاسق مفتياً؟ قيل لا لأنه من أمور

حرام على الآخذ، لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب **(وهل يصلح الفاسق مفتياً قيل لا لأنه من أمور الدين)** وقد ظهرت خيانته للدين **(وقيل يستفتى لأنه يجتهد كل الجهد حذار أن ينسبه فقهاء عصره إلى الخطأ، وأما الثاني)** وهو اشتراط أهلية الاجتهاد **(فالصحيح أنها ليست شرطاً للولاية بل للأولوية، فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا)** ويحكم بفتوى غيره **(خلافاً للشافعي)** ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الأصل، أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً ولكن المختار خلافه. قالوا: القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم. قلنا: يمكنه القضاء بفتوى غيره **(ومقصود القضاء وهو إيصال الحق إلى مستحقه)** ورفع الظلم **(يحصل به)** فاشتراطه ضائع، والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد، فإنه لا قطع في مسائل الفقه، وإذا قضى بقبول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب، وكون معاذ قال: أجتهد برأيي[1] لا يلزمه اشتراطه، وإنما لم يذكر معاذ الإجماع لأنه لم يكن حجة في زمنه ﷺ. وقد قدمنا أيضاً عن الغزالي توجيه خلافه فيقلد في هذا الزمان. في بعض نسخ الهداية: الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي ﷺ علياً اليمن[2] ولم يكن مجتهداً فليس بشيء، فإنه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يهدي الله قلبه ويثبت لسانه. فإن كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد، وهذا غير ثابت في غيره، وسنذكر سند حديث عليّ رضي الله عنه. واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي إلا المجتهد، وقد

الفن ينبني عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها، وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء، فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارىء. والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان معلقاً بالشرط، فإن تعليق القضاء والإمارة بالشرط جائز بدليل ما روي: «أن رسول الله ﷺ بعث جيشاً وأمّر عليهم زيد بن حارثة ثم قال: إن قتل زيد فجعفر أميركم، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم» وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح أدب القاضي، والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه. والفرق بين القضاء والإمامة والإمارة في أن الإمام أو الأمير إذا كان عدلاً وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الإمامة. والإمارة أن مبنى الإمارة على السلطنة والقهر والغلبة؛ ألا ترى أن من الأمراء من قد غلب وجار وأجازوا أحكامه والصحابة تقلدوا الأعمال منه وصلوا خلفه. وأما مبنى القضاء فإنه على العدالة والأمانة، وإذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة **(والفاسق هل يصلح مفتياً؟ قيل لا لأنه من أمور الدين، والفاسق لا يؤتمن عليها، وقيل يصلح لأنه يخاف أن ينسب إلى الخطأ فلا يترك الصواب. وأما الثاني)** يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء. فإن لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح، وقد ذكر محمد في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً، لكن **(الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية)** قال الخصاف: القاضي يقضي باجتهاده نفسه إذا كان له رأي فإن لم يكن له رأي وسأل فقيهاً أخذ بقوله قوله: **(فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا)** يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لأنه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلاً بالنسبة إلى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام، ويحتمل أن

أقول: وفيه تأمل لخفاء دلالة ما ذكره على الأظهرية قوله: **(وقيل هذا بناء الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(والأول ثابت)** أقول: يعني قوله البقاء أسهل قوله: **(وامتناعه الخ)** أقول: يعني امتناع النكاح بلا شهود قوله: **(وجواز الشيوع في الهبة الخ)** أقول: كما إذا رجع الواهب في البعض الشائع أو استحق البعض الشائع.

(١) تقدم قبل حديث واحد وإسناده ضعيف نصّ على ذلك البخاري والترمذي. وأما خبر إرسال معاذ إلى اليمن بدون هذا الخبر فهو في الصحاح وانظر تلخيص الحبير ٤/ ١٨٢.

(٢) خبر علي سيأتي بعد قليل.

الدين وخبره غير مقبول في الديانات، وقيل يصلح لأنه يجتهد كل الجهد في إصابة الحق حذار النسبة إلى الخطأ، وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية. فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، وهو يقول: إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم. ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه. وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله

استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد، وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت، والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على جهة الحكاية، فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى، بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي، وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين إما أن يكون له فيه سند إليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور، وشهد هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزوّ ما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول. نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلاً في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب، فلو كان حافظاً للأقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به، بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه الأصوب ذكره في بعض الجوامع. وعندي أنه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكي قولاً منها فإن المقلد له أن يقلد أيّ مجتهد شاء، فإذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود، نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسألتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا، نعم لو حكى الكل فالأخذ بما يقع في قلبه أنه الأصوب أولى. والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه، وعلى هذا إذا استفتى فقيهين: أعني مجتهدين فاختلفا عليه الأولى أن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما. وعندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز لأن ميله وعدمه سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ. وقالوا المنتقل من مذهب إلى مذهب آخر باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان أولى، ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لأن العامي ليس له اجتهاد. ثم حقيقة الانتقال إنما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلد فيه وعمل به، وإلا فقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلاً والتزمت العمل به على الإجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به، لأنه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة، فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع، فإن أرادوا

يكون المراد به من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله: **(خلافاً للشافعي)** فإنه علل له بقوله: **(إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم)** ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري، فإن الإنسان لا يصل إلى المقصود لتحري غيره بالاتفاق، فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك. والأول هو الظاهر **(ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره لأن المقصود من القضاء هو أن يصل الحق إلى المستحق)** وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد إذا قضى بفتوى غيره، ويؤيد ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن عليّ رضي الله عنه قال: «أنفذني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأنا حديث السن، فقلت: تنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: إن الله تعالى سيهدي

قوله: **(وأما مبنى القضاء الخ)** أقول: إذا كان عدلاً وقت التقليد.

قوله: **(ويحتمل أن يكون المراد به لا يحفظ شيئاً الخ)** أقول: فيه بحث، فإن مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لا من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء قوله: **(ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد)** أقول: لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود: أعني العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام قوله: **(وشبهة بالتحري)** أقول: يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العل فصار كالتحري فإنه لا يصل بتحري غيره قوله: **(فإنه يدل على أن الاجتهاد الخ)** أقول: الكلام في صحة ولاية المستمر على الجهل. قوله: **(فلا يلتفت إلى ما قيل الخ)** أقول: وقد مر في باب الإحرام من كتاب الحج.

عليه الصلاة والسلام «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين».

هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بإلزامه نفسه قولاً أو نية شرعاً، بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج إليه لقوله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ [الأنبياء: ٧] والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة، وحينئذ إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به، والغالب أن مثل هذه إلزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص وإلا أخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه. وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الإنسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوّغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه، وكان ﷺ يحبّ ما خفف عن أمته، والله سبحانه أعلم بالصواب **(وينبغي للمقلد)** وهو من له ولاية التقليد **(أن يختار من هو أقدر وأولى)** لديانته وعفته وقوّته دون غيره ويرزقه من بيت المال. ولا بأس للقاضي أن يأخذ وإن كان غنياً مثرياً وإن احتسب فهو أفضل. والأصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم إذا عمل فيه الوصي ﴿ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء: ٦] وذكر عن عمر رضي الله عنه أنه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لأنه فرّغ نفسه للعمل للمسلمين، فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا: وكان عمر رضي الله عنه يرزق شريحاً كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لقلة عياله في زمن عمر رضي الله عنه، أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن عليّ رضي الله عنه أو غلاء السعر، فرزق القاضي لا يقدر بشيء لأنه ليس بأجر لأنه لا يحل على القضاء. وإنما يختار الأولى لقوله ﷺ فيما رواه الحاكم في المستدرك عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من استعمل رجلاً على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»(١) وقال: صحيح الإسناد. وتعقب بحسين بن قيس فإنه ضعيف، وضعفه العقيلي وقال: إنما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من تولى من أمر المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله ﷺ فقد خان

لسانك ويثبت قلبك، فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك» فإنه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجوز لأن علياً حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد **(نعم ينبغي للمقلد أن يختار الأقدر والأولى لقوله ﷺ: «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»)** وهو حديث ثبت بنقل العدول، فلا يلتفت إلى ما قيل إنه خارج عن المدوّنات، فإنه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل قوله: **(وفي حدّ الاجتهاد)** إشارة إلى معنى الاجتهاد إجمالاً، فإن بيانه تفصيلاً موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلاً **(وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة**

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه الحاكم ٤/ ٩٢، ٩٣ ومسدد في مسنده كما في المطالب العالية ٢١٠٣ وابن عدي في الكامل ٢/ ٣٥٢ والعقيلي في الضعفاء ١/ ٢٤٨ كلهم من حديث ابن عباس ومداره على حسين بن قيس ولقبه حنش. وقال الحاكم: صحيح الإسناد.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٦٢: وتعقبه شيخنا الذهبي في مختصره فقال: حسين بن قيس ضعيف.
قال الزيلعي: وضعف حسين بن قيس أيضاً النسائي وأحمد، وكذا أعله العقيلي، وابن عدي به. وقال العقيلي: إنما يعرف من كلام عمر.
ورواه الطبراني من طريق حمزة النصيبي عن عمرو بن دينار عن ابن عباس مرفوعاً.
وأخرجه الخطيب عن إبراهيم بن زياد القرشي عن ابن عباس وقال: إبراهيم في حديثه نكرة، وقال يحيى بن معين: لا أعرفه.
قال الزيلعي: وورد من حديث حذيفة أخرجه أبو يعلى في مسنده من حديث حذيفة اهـ. وذكره الهيثمي في المجمع ٥/ ٢١١، ٢١٢ وقال: رواه الطبراني في معجمه وفيه أبو محمد الجزري حمزة، ولم أعرفه وبقية رجاله رجال الصحيح اهـ.
قلت: حمزة أظنه النصيبي. فقد جاء في الميزان: حمزة بن أبي حمزة الجزري النصيبي. قال يحيى: لا يساوي فلساً، وقال البخاري: منكر الحديث اهـ. فأظن أحد مشايخ الطبراني دلّسه وقد اتفق معه في نسبته وفي اسمه كما ترى ويؤكد ذلك أن الزيلعي جزم بأنه حمزة النصيبي كما تقدم ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ١٦٥. فالحديث بمجموع هذه الطرق لا يرقى إلى الحسن لشدة ضعف أكثرها فهو يقرب من الحسن والله أعلم.

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه. وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صحاب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها.

الله ورسوله وجماعة المسلمين»[1] وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «أيما رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين»[2] والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف، وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فإن له أن يولي ويعزل، كذا قالوا. ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فإن نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون، ولو ولي فحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك إمضاء للقضاء، والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالأصالة لا بطريق النيابة، فإن السلطان إذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز، فإن نصبه كنصب السلطان بنفسه قوله: **(وفي حدّ الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه. وحاصل ذلك)** الكلام **(أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه)** والفرق بين القولين أن على الأول نسبته إلى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه، وفي الثاني عكسه. ثم إن المصنف رتب على الأول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار، والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطاة الأحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث، وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهما قولان، ولا شك في ذلك لأنهما متضادان لأن كونه أدرى بالحديث من الفقه يضاد كونه أدرى بالفقه من الحديث، وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج إلى الأمرين جميعاً وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس. فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار، ويمتنع عن القياس، بخلاف النص. والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما وإشارتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الأقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطاة أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الإجماع وأقوال الصحابة لأنه قد يقدمه على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله: **(وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ)** فهذا القيل لا بد منه في المجتهد، فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة ولا يقلد

بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين نيّر وقيل: **(أن يكون مع ذلك)** أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين **(صاحب قريحة)** أي طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب إلى المبادي، ومنها إلى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سبباً له من عرف أو عادة، فإن من الأحكام ما يبتني عليها مخالفاً للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك. قال: **(ولا بأس بالدخول في القضاء الخ)** ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه إذا تولاه وقام بما هو فريضة وهو الحق، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء، قال الله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾ وقال لنبينا ﷺ: ﴿إنا

قوله: **(وحاصل ذلك أن يكون الخ)** أقول: قوله له خبر، ويجوز أن يكون حالاً وأن يكون صفة بل هو أولى. قوله: **(من عرف أو عادة)** أقول: للتخير في التعبير قوله: **(وتعاطي العجين)** أقول: أي استقارضه فإن القياس يأبى جوازه لعدم إمكان معرفة المساواة فيه لعدم إمكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء.

---

(١) تقدم في الذي قبله. وأما قول ابن الهمام: رواه الطبراني من غير طريق حسين. فجوابه: هو من طريق حمزة النصيبي، وهو أسوأ حالاً من حسين.

(٢) تقدم تخريجه في الذي قبله.

قال: **(ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه)** لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة، ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف.

أحداً قوله: **(ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه، لأن الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف)** أما أن الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف[1]. وكذا عليّ رضي الله عنهما لرواية أبي داود عن عليّ قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسل الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضينّ حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأوّل، فإنه حري أن يتبين لك القضاء، قال: فما زلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد»[2] ورواه أحمد وإسحاق بن راهويهِ والطيالسي والحاكم وقال: صحيح الإسناد، وأخرجه ابن ماجه وفيه: «فضرب صدري وقال: اللهم أهد قلبه وثبت لسانه، قال: فما شككت»[3] الحديث، وصححه أيضاً الحاكم في المستدرك عن ابن عباس قال: «بعث النبيّ ﷺ علياً رضي الله عنه إلى اليمن فقال: علمهم الشرائع واقض بينهم»[4] الحديث، وصححه[5] ثم قلد عليّ شريحاً الإمام[6]. وأما أنه فرض كفاية فقد قدمناه، غير أن مقتضاه أن يكون

أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس﴾ فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه، لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة، ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر. واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية إن لم يكن واجباً فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنازة وغيرها. وأجيب بأنه كذلك إلا أن فيه خطر الوقوع

---

(١) حديث معاذ تقدم.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٨٢ والترمذي ١٣٣١ والنسائي في خصائص علي ٣٤ وأبو يعلى ٣٧١ وابن سعد ٢/ ٣٣٧ ووكيع في أخبار القضاة ١/ ٨٥، ٨٦ والطيالسي ١٢٥ وأحمد ١/ ٩٠، ٩٦، ١١١ والبيهقي ١٠/ ١٣٧ من طرق كلهم عن سماك بن حرب عن حنش عن علي به ومن هذا الوجه رواه الحاكم ٤/ ٩٣.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد! وسكت الذهبي! مع أن في إسناده سماك بن حرب، وهو صدوق تغير بآخرة فكان ربما يلقن. قاله الحافظ في التقريب وشيخه حنش هو ابن المعتمر: صدوق له أوهام ويرسل. قاله في التقريب.

ولعل الذهبي، وافقه الحاكم لشواهده. ومنها الآتي.

(٣) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٣١٠ وأبو يعلى ٣١٦ ووكيع ١/ ٨٤ والحاكم ٣/ ١٣٥ وابن سعد ٣/ ٣٣٧ والنسائي في خصائص علي ٣١ و ٣٢ و ٣٣ كلهم من طريق أبي البختري عن علي. وصححه الحاكم على شرطهما ووافقه الذهبي! مع أن فيه انقطاعاً. فإن أبا البختري واسمه سعيد بن فيروز لم يسمع من علي شيئاً.

ويؤكد ذلك أن الطيالسي أخرجه في مسنده ٩٨ وكذا أحمد ١/ ١٣٦ ووكيع ص ٨٥ والبيهقي ١٠/ ٨٦، ٨٧ كلام من طريق شعبة عن عمرو بن مرة عن أبي البختري عمن سمع علياً عن علي به.

وقد توبع أبو البختري، فقد أخرجه أحمد ١/ ٨٨، ١٥٦ ووكيع ١/ ٨٥ وابن سعد ٢/ ٣٣٧ والنسائي في خصائصه ٣٥ عن أبي إسحاق عن حارثة بن مضرِّب عن علي.

وإسناده لا بأس به حارثة ثقة كما في التقريب لكن أبو إسحاق مدلس وقد عنعنه. وبقية رجاله ثقات. وأخرجه أبو يعلىٰ ٢٩٣ وابن سعد ٢/ ٣٣٧ والنسائي في الخصائص ٣٦ عن أبي إسحاق عن عمرو بن حبشي عن علي وإسناده حسن في الشواهد. وورد من حديث ابن عباس وهو الآتي.

(٤) حسن. أخرجه الحاكم ٤/ ٨٨ من حديث ابن عباس وقال: صحيح على شرطهما. ووافقه الذهبي مع أن في إسناده: ورقاء بن عمر، وهو وإن روى له الشيخان إلا أنه متكلم فيه، ولكن لا ينزل حديثه عن الحسن خصوصاً في جملة الشواهد.

وأخرجه ابن حبان ٥٠٦٥ من حديث ابن عباس عن علي مطولاً وإسناده واه فيه سماك بن حرب. ضعيف في روايته عن عكرمة، وهذا رواه عن عكرمة. وفي ألفاظ ابن حبان نكارة. لكن أصل الحديث هو المعتمد وقد تقدم ذكره مع طرقه وشواهده. وانظر نصب الراية ٤/ ٦١، ٦٢ وتلخيص الحبير ٤/ ١٨٢.

(٥) هذه مكررة. فقد ذكر ابن الهمام في بداية هذه الرواية أن الحاكم صححه. فلا حاجة لتكرارها.

(٦) لا أدري ما وجه ذكر لفظ: الإمام. عقب ذكر شريح. ولعل الصواب: شريحاً القاضي. لأن شُرَيحاً اشتهر بالقضاء.

قال الذهبي في التذكرة ١/ ٥٩: شريح بن الحارث روى له البخاري وغيره من المخضرمين استقضاه عمر على الكوفة ثم علي فمن بعده.

وجاء في التقريب: ثقة مخضرم مات قبل الثمانين، أو بعدها، وله مائة وثمان سنين قال بعضهم: حكم سبعين سنة.

قال: **(ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا بأس على نفسه الحيف فيه)** كي لا يصير شرطاً لمباشرته القبيح، وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً لقوله عليه الصلاة والسلام «من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين» والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً في إقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطيء ظنه ولا يوفق له أولاً يعينه عليه

الدخول فيه مستحباً؛ وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى. وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الحيف: أي الجور أو عدم إقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع في محظوره حينئذ وإن أمن أبيح رخصة، والترك هو العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب. هذا إذا لم تنحصر الأهلية فيه، وإن انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه، إلا إن كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك. وحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين»[1] حسنه الترمذي، وأخرجه ابن عديّ في الكامل من حديث ابن عباس. عن النبي ﷺ قال: «من استقضى فقد ذبح بغير سكين»[2] وحكي أن بعض القضاة استخفّ بهذا الحديث ثم دعا من يسوّي له لحيته فبينما هو يحلق له تحت لحيته في حلقومه إذ عطس القاضي فألقى الموسى رأسه، وقد جاء في التحذير من القضاء آثار. وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال: البحر عميق فكيف أعبر

في المحظور فكان به بأس. قال: **(ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز الخ)** من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطاً: أي وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء، وإنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا، وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أو له عليّ مطالبة بكذا فإن قضيت لي فلك كذا، وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختاراً سواء وثقوا أنفسهم أو خافوا عليها، وفسر الكراهة هاهنا بعدم الجواز. قال الصدر الشهيد في أدب القاضي: ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً؛ ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً، فلما كان في المرة الثالثة قال: حتى أستشير أصحابي،

قوله: (وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول: فيه تأمل.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٧٢ وابن ماجه ٢٣٠٨ والدارقطني ٤/ ٢٠٣ والحاكم ٤/ ٩١ والبيهقي ١٠/ ٩٦ ووكيع في أدب القضاة ١/ ٨ وأحمد ٢/ ٢٣٠ ـ ٣٦٥. من طرق عن عثمان بن محمد الأخنسي عن سعيد المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً وزاد ابن ماجه وكذا أبو داود: بين الناس فقد ذبح..) وصححه الحاكم، وأقره الذهبي! مع أن الأخنسي ضعيف ولكن ربما لمجيئه من طرق أخرى.
وأخرجه أبو يعلى ٥٨٦٦ والبيهقي ١٠/ ٩٦ ووكيع ١/ ٩ عن الأخنسي عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به وصدره: من وُلّي...
ورجح وكيع كونه عن سعيد المقبري لا عن سعيد بن المسيب.
قلت: وقد توبع الأخنسي فقد أخرجه أبو داود ٣٥٧١ والترمذي ١٣٢٥ والبيهقي ١٠/ ٩٦ ووكيع ١/ ١٢ والقضاعي في الشهاب ٣٩٦ في ١/ ٢٤٦ والدارقطني ٤/ ٢٠٤ من طرق عن عمرو بن عمرو عن المقبري به قال الترمذي: حسن غريب وقد روي من غير هذا الوجه.
وأخرجه أحمد ٢/ ٢٣٠ من طريق عبد الله بن سعيد بن أبي هند عن المقبري عن أبي هريرة به فهذه متابعة ثانية للأخنسي على المقبري.
وهناك متابعة ثالثة عند الطبراني في الصغير ١/ ١٧٦ والقضاعي ٣٩٥ من طريق زيد بن أسلم عن المقبري به وأخرجه البغوي ٢٤٩٦ عن الثوري عن زيد بن أسلم عن سعيد به. وهو في الواهيات وأعله ابن الجوزي في الواهيات ٢/ ٧٥٦ بأن الراوي عن الثوري هو بكر بن بكار وقال: قال عنه يحيى: ليس بشيء.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ١٨٤: وليس كما قال ابن الجوزي. وبكر قد أخرج له النسائي وكفاه قوة اهـ.
قلت: وكلاهما قد أصاب فبكر واهٍ لكن العمدة رواية أصحاب السنن، وقد تقدم مستوفياً، فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن الصحيح والله أعلم.
فائدة: جاء في تلخيص الحبير: قال ابن الصلاح: معناه ذُبح من حيث المعنىٰ لأنه بين عذاب الدنيا إن رشد، وعذاب الآخرة إن فسد.

(٢) ضعيف، أخرجه ابن عدي في الكامل ٣/ ٩٨ من حديث ابن عباس. وفيه داود بن الزبرقان أعله به، ونقل تضعيفه عن ابن معين والنسائي، وأقره الزيلعي في ٤/ ٦٥ وله علة ثانية وهي: ضعف ابن السائب قلت: والصواب كونه من حديث أبي هريرة.

غيره، ولا بد من الإعانة إلا إذا كان هو أهلاً للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد.

بالسباحة؟ فقال أبو يوسف: البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم، فقال أبو حنيفة: كأني بك قاضياً. وقول أبي حنيفة كقول أبي قلابة: ما وجدت القاضي إلا كسابح في بحر فكم يسبح حتى يغرق. وكان دعي للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيها، فهرب حتى أتى اليمامة. واجتنبه كثير من السلف. وقيد محمد بن الحسن نيفاً وثلاثين يوماً أو نيفاً وأربعين يوماً ليتقلده. وقد أخرج مسلم عن أبي ذرّ رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال له: «يا أبا ذرّ إني أحبّ لك ما أحب لنفسي، لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم»[1].

وأخرج أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «القضاة ثلاثة: اثنان في النار، وواحد في الجنة: رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار»[2] وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره»[3] وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يداه إلى عنقه، فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله، وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه شدت يساره إلى يمينه ثم رمى به في

فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال: أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكأني بك قاضيا، وكذا دعي محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد. واستدل المصنف على ذلك بقوله ﷺ: «من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين» رواه أبو هريرة رضي الله عنه. وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال: لأن السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً، والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بإزهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر، ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فإن ظاهره

قوله: **(فكان به بأس)** سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لابأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على عمومه قوله: **(كي لا يصير الدخول فيه شرطاً أي وسيلة إلى مباشرة القبيح)** أقول: فيه بحث فإن شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعي كون الدخول شرطاً لصدق تعريفه عليه فتأمل قوله: **(ألا ترى أن**

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٨٢٦ وأبو داود ٢٨٦٨ والنسائي ٦/ ٢٥٥ والطحاوي في المشكل ٥٦ بتحقيق شعيب الأرناؤوط وابن حبان ٥٥٦٤ والبيهقي ٣/ ١٢٩ و ٦/ ٢٨٣ من طرق كلهم من حديث أبي ذر مرفوعاً: يا أبا ذر إني أراك ضعيفاً، وإني أحب... الحديث. وتكلم في إسناده الدارقطني، ورده النووي بقوله: ولم يُحْكِمْ الدارقطني فيه بشيء فالحديث صحيح إسناداً، ومتناً ا هـ.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٧٣ والترمذي ١٣٢٢ وابن ماجه ٢٣١٥ والحاكم ٤/ ٩٠ والبيهقي ١٠/ ١١٦ من طرق كلهم من حديث ابن بريدة وهو عبد الله عن أبيه مرفوعاً. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢٠٨٢ في ٤/ ١٨٥: وقال الحاكم في علوم الحديث: تفرد به الخراسانيون، ورواته مراوزة.
قلت: له طرق أخرى غير هذه قد جمعتها في جزء ا هـ.
وورد من حديث ابن عمر أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ١٩٣ من حديث ابن عمر وقال: رواه الطبراني في الأوسط والكبير، ورجال الكبير ثقات، ورواه أبو يعلى بنحوه.
قلت: وفيه تغير يسير.

(٣) حسن. أخرجه ابن حبان ٥٠٥٥ وأحمد ٦/ ٧٥ ووكيع في أخبار القضاة ١/ ٢٠ ـ ٢١ والبيهقي ١٠/ ٩٦ كلهم من حديث عائشة. وفيه صالح بن سرج وثقه ابن حيان.
وأورده الهيثمي في المجمع ٤/ ١٩٢ وقال: رواه أحمد وإسناده حسن ا هـ وهو كما قال لكن لشواهده وستأتي.

قال: **(وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده» ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه

جهنم»(١) وروى النسائي عن مكحول: لو خيّرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي. وأخرج ابن سعد في الطبقات قال: استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهنونه بالقضاء، فقال: أتهنونني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها أبعد من عدن أبين. وأما ما في البخاري «سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلى ظله: إمام عادل»(٢) فلا ينافي مجيئه أوّلاً مغلولة يده إلى عنقه إلى أن يفكها عدله فيظله الله تعالى في ظله فلا يعارض قوله: **(وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله ﷺ: «من طلب القضاء وكل إلى نفسه» الخ)** أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «من سأل القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده» ولفظ أبي داود: «من طلب القضاء واستعان عليه» وأخرجه الترمذي أيضاً عن أنس مرفوعاً: «من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده»(٣) وقال: حسن غريب، وهو أصح من حديث إسرائيل يريد سند الأول، وأصح من الكل حديث البخاري قال رسول الله ﷺ: «يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أوتيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أوتيتها من غير مسألة أعنت عليها»(٤) وإذا كان طلب الولاية أن يوكل إلى نفسه وجب أن لا يحل لأنه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لأنه محذور

جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك. وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول: لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كي لا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي، فقد حكي أن قاضياً روى له هذا الحديث فازدراه وقال: كيف يكون هذا، ثم دعا في مجلسه

أبا حنيفة الخ) أقول: فيه أن قصة حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها، ألا ترى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف: **(والصحيح الخ)** أقول: فالحديث محمول على القاضي الجائز أو الطالب قوله: **(لأنه قد يخطيء ظنه فيما اجتهد الخ)** أقول: فيه بحث، فإن المجتهد إذا أخطأ يثاب. وعندي الأصوب أن يقال فلعله يخطيء ظنه: أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضي بالحق لعله يخطيء إذ ربما يظهر الطمع الكامن الذي كان غافلاً وغير ذلك من الغصب والتعصب والميل إلى بعض الأشياء والخوف قوله: **(إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم)** أقول: أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي.

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه الحاكم ٤/ ١٠٣ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٥/ ٢٠٦ كلاهما من حديث ابن عباس بهذا اللفظ. وقال الهيثمي: سعدان لم أعرفه.
وقال الحاكم بعد أن سكت عليه ولم يصححه كعادته: سعدان بن الوليد البجلي كوفي قليل الحديث.
وله شواهد كثيرة أوردها الهيثمي في المجمع ٥/ ٢٠٤ ـ ٢٠٥ ـ ٢٠٦ ـ ٢٠٧ فالحديث حسن والله أعلم. لشواهده وإلا فإن سعدان غير مشهود بعدالة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٠ و ١٤٢٣ و ٦٤٧٩ و ٦٨٠٦ ومسلم ١٠٣١ والنسائي ٨/ ٢٢٢. ٢٢٣ وابن خزيمة ٣٥٨ وابن حبان ٤٤٨٦ وأحمد ٢/ ٤٣٩ والبيهقي ٣/ ٦٥ ـ ٦٦ و ٤/ ١١٠ و٨/ ١٦٢ وكذا الترمذي بإثر حديث ٢٣٩١ كلهم من حديث أبي هريرة وتمامه: وشابٌ نشأ في عبادة الله تعالى، ورجل ذكر الله خالياً ففاضت عيناه، ورجل قلبه معلق في المساجد، ورجلان تحابّا في الله اجتمعا عليه وتفرقا، ورجل دعته امرأة ذاتُ منصب وجمال فقال إني أخاف الله رب العالمين، ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٧٨ والترمذي ١٣٢٣ والحاكم ٤/ ٩٢ وإسحاق والبزار كما في نصب الراية ٤/ ٦٩ كلهم من حديث إسرائيل عن عبد الأعلى عن بلال بن أبي موسى عن أنس مرفوعاً.
وقال الحاكم: صحيح الاسناد، ووافقه الذهبي. وكرره الترمذي ١٣٢٤ وكذا أبو داود بإثر الحديث ٣٥٧٨ عن أبي عوانة عن عبد الأعلى عن بلال الفزاري عن خيثمة البصري عن أنس به.
وقال الترمذي عن هذا الإسناد: هو أصح من الأول وهو حسن غريب ا هـ.
وله شاهد وهو الآتي، فالحديث قوي الإسناد لشاهده، وإلا فمداره على عبد الأعلى بن عامر الثعلبي، وهو صدوق يهم كما في التقريب. والله أعلم.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٢٢ و ٦٧٢٢ و ٧١٤٧ و ٧١٤٦ ومسلم ١٦٥٢ من وجوه وأبو داود ٢٩٢٩ والترمذي ١٥٢٩ والنسائي ٨/ ٢٢٥ والدارمي ٢/ ١٨٦ وأحمد ٥/ ٦٢. ٦٣ وابن الجارود ٩٩٨ وابن حبان ٤٣٤٨ والبيهقي ١٠/ ١٠٠ من طرق كلهم عن الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة زاد البخاري ومسلم في رواية: وإذا حلفتَ على يمين، ورأيت غيرها خيراً منها، فأتِ الذي هو خير، وكفِّر عن يمينك.

فيلهم. **(ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل)** لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد عليّ رضي الله عنه في نوبته، والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائزاً إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لأن المقصود لا يحصل بالتقلد، بخلاف ما إذا كان يمكنه.

قوله: **(ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد عليّ رضي الله عنه في نوبته، والتابعين تقلدوا من الحجاج)** هذا تصريح بجور معاوية، والمراد في خروجه لا في أقضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له، وأما بعد تسليمه فلا، ويسمى ذلك العام عام الجماعة، واستقضى معاوية أبا الدرداء بالشام وبها مات، وكان معاوية رضي الله عنه استشاره فيمن يولي بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الأنصاري فولاه الشام بعده[1]. وقوله في نوبته: نوبة عليّ التي ذكرها المصنف هي كونه رابعاً بعد عثمان، وقيد بنوبته احترازاً عن قول الروافض إنه كان أحق بها في سائر النوب حتى من أبي بكر رضي الله عنه، وإنما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفين. وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار: «ستقتلك الفئة الباغية»[2] وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة، ولقد أظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد البرّ في الاستيعاب قال: قالت رضي الله عنها لابن عمر: يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيري؟ قال: رأيت رجلاً غلب عليك: يعني ابن الزبير، فقالت: أما والله لو نهيتني ما خرجت. وأما الحجاج فحاله معروف في تاريخ البخاري بسنده عن أبي إسحاق قال: كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه. وأسند في موضع آخر

بمن يسوّي شعره، فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه إذ عطس فأصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه. ثم قال المصنف **(والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً في إقامة العدل)** روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسألة لا بأس به وقال **(الترك عزيمة لأنه قد يخطىء ظنه)** فيما اجتهد **(ولا يوفق له)** إذا كان مجتهداً **(أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة)** إن كان غير مجتهد. وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف: دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون؛ وترك الدخول فيه أصلح وأسلم لدينه لأنه يلتزم أن يقضي بحق ولا يدري أيقدر على الوفاء به أو لا، وفي ترك الدخول صيانة نفسه، وهذا إذا كان في البلد غيره من يصلح للقضاء **(فأما إذا كان هو الأهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد)** في حقهم **(وإخلاء للعالم عن الفساد)** في الحدود والقصاص، فإذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أثموا إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم وإلا فلا، ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى. قال: **(وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ)** من صلح للقضاء ينبغي أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس بن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام: «من طلب القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده» وكل بالتخفيف: أي فوّض أمره إليها، ومن فوّض أمره إلى نفسه لم يهتد إلى الصواب لأن النفس أمّارة بالسوء، لأن من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه

قوله: **(احتراز عما يقوله الروافض)** أقول: ويحتمل أن يكون احتراز عن خلافة معاوية استقلالاً.

---

(١) ذكر هذه الآثار الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٦٩.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٤٧ ومسلم ٢٩١٥ وابن سعد ٣/ ٢٥٢ـ ٢٥٣ وأحمد ٣/ ٩٠ـ ٩١ والطيالسي ٢١٦٨ وابن حبان ٧٠٧٨ و ٧٠٧٩ من طرق كلهم من حديث ابن عباس وكرره البخاري ٢٨١٢ في الجهاد في باب: مسح الغبار عن الرأس في سبيل الله. وفيه قصة بناء مسجد رسول الله ﷺ قال أبو سعيد: كنا نحمل لَبِنَةً، وعمار لَبِنَتَيْن لَبِنَتَيْن، فرآه النبي ﷺ، فجعل ينفض التراب عن رأسه ويقول: يا ويح عمار تقتله الباغية، عمارٌ يدعوهم إلى الله ويدعونه إلى النار!؟ هذا السياق للبخاري وغيره.
وورد من حديث أم سلمة. أخرجه مسلم ٢٩١٦ من طرق والطيالسي ١٥٩٨ وابن سعد ٣/ ٢٥٢ والنسائي في فضائل الصحابة ١٧٠ وابن حبان ٦٧٣٦ والبيهقي ٨/ ١٨٩ وفي الدلائل ٦/ ٤٢٠ من طرق كلهم من حديث أم سلمة باختصار.

قال: **(ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي كان قبله)** وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها، لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء. ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى، وكذا إذا

عن ضمرة قال: استقضى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى وأجلس معه سعيد بن جبير، ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة أشهر. وفي تاريخ أصبهان للحافظ أبي نعيم عبد الله بن أبي مريم الأموي: ولي القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج وأقام محبوساً بواسط، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان وتوفي بها. وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء: طلحة بن عبد الله بن عوف أبو محمد الذي يقال له طلحة الندى ابن أخي عبد الرحمن ابن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة، وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكرة رضي الله عنهم[1]. وقوله: **(إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق)** استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر **(لأن المقصود لا يحصل من التقلد)** حينئذ وهو ظاهر. هذا وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد من كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقرّوا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولى قاضياً أو يكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا لهم إماماً يصلي بهم الجمعة.

[فروع في العزل] للسلطان عزل القاضي بريبة وبلا ريبة، ولا ينعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله، بخلاف ما إذا مات القاضي ينعزل نائبه. وكثير من المشايخ على أن النائب لا ينعزل بعزل القاضي لأنه نائب للسلطان، وينعزل القاضي بعزله نفسه إذا بلغ السلطان، وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل. وقيل لا ينعزل القاضي بعزل نفسه لأن قضاءه صار حقاً للعامة فلا يملك إبطاله. وعن أبي يوسف: لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس، ومثله وصي القاضي إذا عزل نفسه يشترط علم القاضي، ويجوز تعليق العزل بالشرط. ومن صوره: إذا كتب الخليفة إليه إذا وصلك كتابي هذا فأنت معزول لا ينعزل حتى يصل إليه الكتاب. ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشيء، وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل أمراء الخليفة، ولو قلد رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينعزل؟ الأول عن أبي يوسف لا ينعزل. قال في الخلاصة: وهو الأشبه. ولو شرط في القضاء شرطاً مثل أن لا يمتثل أمر أحد فخالف انعزل. وعن أبي حنيفة لا

وأعجب فيحرم التوفيق، وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالإكراه على ما لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه. ومن يتوكل على الله فهو حسبه. فيلهم الرشد والتوفيق قوله: **(ثم يجوز التقلد)** تفريع على مسألة القدوري يتبين أنه لا فرق في جواز التقلد لأهله بين أن يكون المولى عادلاً أو جائراً، فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر، وهذا لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع عليّ رضي الله عنهما في نوبته، دلّ على ذلك حديث عمار بن ياسر، وإنما قيد بقوله **(في نوبته)** احترازاً عما يقوله الروافض إن الحق مع عليّ رضي الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم أجمعين، وليس الأمر كما قالوا، بل أجمع الأمة من أهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الإمامة في أصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق. وقوله: **(إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء)** استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر، فإنه إذا كان لا يمكنه من القضاء **(لا يحصل المقصود بالتقلد)** فلا فائدة لتقلده **(بخلاف ما إذا كان يمكنه)** قال: **(ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي كان قبله الخ)** من تولى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله، والديوان هو الخرائط

قوله: **(وإلا لا تفيد)** أقول: يعني فائدتها المطلوبة منها قوله: **(لأنها تؤول إليها بالتذكير)** أقول: لم يذكر البينة لأن الحجة عند

---

(١) أورد هذه الآثار الإمام الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٦٩ـ ٧٠.

كان من مال القاضي هو الصحيح لأنه اتخذه تديناً لا تموّلاً، ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئاً فشيئاً، ويجعلان كل نوع منها في خريطة كي لا يشتبه على المولى، وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام.

يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائتنا قوله: **(ومن قلد القضاء يسأل)** أي أول ما يبدأ به من الأعمال. هذا وهو أن يسأل: أي يطلب من القاضي المنعزل ديوانه ثم فسر ديوانه بأنه **(الخرائط التي فيها السجلات وغيرها)** من كتب الأوقاف وكتب نصب الأوصياء والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للأيتام وغيرهم مما اقتضاه الحال، وإنما يطلبه **(لأنها)** إنما **(وضعت)** عند القاضي **(لتكون حجة)** ووثيقة محفوظة **(عند)** القاضي إذا وقعت **(الحاجة)** إلى الحجة ومعرفة الأحوال **(فتجعل عند من له ولاية النظر)** في أمورهم وما كانت عند الأول إلا لأنه كذلك **(ثم إن كان البياض)** الذي كتب فيه القاضي ورقاً أو رقا **(من بيت المال فظاهر، وكذا إذا كان من مال أرباب القضايا في الصحيح لأنه رضي به)** لأنه للقاضي لا لأنه ملك الذات **(وقد انتقل)** القضاء **(إلى)** القاضي **(المولى وإن كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لأنه اتخذه تديناً)** ليحفظ به أمور الناس وحاجتهم **(لا تموّلاً، ويبعث)** المولى **(اثنين)** أو واحداً مأموناً **(ليقبضاها بحضرة المعزول أو)** من **(أمينه ويسألان)** أعني الأمينين **(المعزول شيئاً فشيئاً ويجعلان كل نوع في خريطة)** مثلاً الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الأوقاف في خريطة ليكون أسهل للتناول، بخلاف ما إذا خلط الكل فإن في الكشف عنه حينئذ عسراً شديداً، وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك الناس ولا كتب أوقافهم، بل إذا كان القاضي هو ناظر الوقف **(وهذا السؤال لكشف الحال)** لا ليلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فإنه التحق بسائر الرعايا بالعزل، ثم إذا قبضاه ختما عليه خوفاً من طروّ التغيير. وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة، فإن كتب

التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الأوصياء وتقدير النفقات لأنها: أي السجلات وغيرها إنما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء وإلا لا تفيد، وسماها حجة وإن لم يكن الكتاب منفرداً عن التذكير والبينة حجة لأنها تؤول إليها بالتذكير. ثم البياض: أي الذي كتب فيه الحادثة ورقاً كان أو رقاً لا يخلو عن أمور ثلاثة: إما أن يكون من بيت المال، أو من مال الخصوم، أو من مال القاضي الأول؛ فإن كان الأول فوجه تسليم القاضي إياه ظاهر، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى، وكذا إن كان من مال القاضي هو الصحيح لأنه اتخذه تدينا لا تموّلا. وقوله في الصحيح في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ إن البياض إذا كان من مال الخصوم أو مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لأنه ملكه أو وهب له، ولكن الصحيح فيهما ما ذكر قوله: **(ويبعث أمينين)** بيان لكيفية التسليم وهو أن يبعث المتولي رجلين ن ثقاته وهو أحوط، والواحد يكفي **(فيقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئاً فشيئاً ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كي لا يشتبه على المولى)** وهذا لأن السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج إليه وقت

قيام البينة هي البينة لا الكتاب الشرعي، بخلاف صورة التذكير فإنه لما كان سبباً للتذكير الذي هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل، فإن في عبارة تؤول إليها نوع سهو عما قلنا، ولكن الأمر سهل. بقي هاهنا بحث لأن الحجة بالتذكير إنما بالنسبة إلى القاضي الذي وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة في تسليم القاضي الجديد إياها قوله: **(لأنه ملكه أو وهب له)** أقول: لو اقتصر على قوله لأنه ملكه لانتظم الصورتين، وإنما ذكر قوله أو وهب له تنبيهاً على طريق تملكه إذ ربما يخفي على بعض الأفهام فتأمل. ثم قوله لأنه ملكه: أي في الثاني وقوله أو وهب له: أي في الأول قوله: **(وهذا السؤال: أي سؤال المعزول)** أقول: أو سؤال أمينه فالسؤال أمينه فالسؤال هاهنا مضاف إلى مفعوله قوله: **(قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام)** أقول: ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء: أي يستعطيان القاضي المعزول نوعاً من الخرائط فنوعاً آخر بعده مثلاً يستعطيان أولاً خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك، وعلى هذا هذا السؤال لكشف الحال: أي الاستعطاء على هذا الوجه، ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء وقوله ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي فافهم قوله: **(شيئاً فشيئاً منصوب)** أقول: يعني منصوب على المفعولية.

قال: **(وينظر في حال المحبوسين)** لأنه نصب ناظراً **(فمن اعترف بحق ألزمه إياه)** لأن الإقرار ملزم **(ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة)** لأنه بالعزل التحق بالرعايا، وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه **(فإن لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه وينظر في أمره)** لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهراً

الأوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة قوله: **(وينظر في حال المحبوسين)** فيبعث إلى السجن من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون، ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب حبسهم، وثبوته عند الأول ليس حجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء، لأن قول الأول لم يبق حجة **(فمن اعترف بحق ألزمه إياه)** وردّه إلى السجن إلا أن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال، وكذا من أنكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة، فإن لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلاً وأطلقهم حتى ينظر في حالهم، فإن ظهرت عدالة الشهود رده إلى السجن إذا طلبه الخصم **(ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التحق)** بواحد من **(الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة)** موجبة للعمل **(لا سيما)** وهي **(على فعل نفسه)** وبهذا قال الشافعي ومالك. وقال أحمد: يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه أمين الشرع، وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضاً إلا بحجة **(وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة)** بما وجب حبسه **(لا يعجل)** بإطلاقه **(لأن فعل القاضي ظاهراً)** ما كان إلا **(بحق)** فيحتاط لخصمه الغائب فينادي عليه، وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس منادياً ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت إلى القاضي يفعل ذلك أياماً، فإذا حضر وادّعى وهو على جحوده ابتدأ

الطلب، وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك، فإن تركت مجتمعة تشتبه على المولى فلا يتصل إلى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك **(وهذا السؤال)** أي سؤال المعزول **(لكشف الحال لا للإلزام)** فإنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة، ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازاً عن الزيادة. قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى إلى المفعول الثاني بعن وهنا ليس كذلك. وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن أحوال السجلات وغيرها. وقوله شيئاً فشيئاً منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألانه: أي يسألان شيئاً فشيئاً عنها، وليس بشيء لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول، والأولى أن يجعل حالاً بمعنى مفصلاً كما في قوله تبينت له حسابه باباً باباً. قال: **(وينظر المولى في حال المحبوسين)** بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم يأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم **(لأنه نصب ناظراً)** لأمور المسلمين، وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم **(فمن اعترف بحق ألزمه إياه)** وحبسه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار وليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته: أي حبسه **(ومن أنكر)** ما يوجب الحبس **(لم يقبل قول المعزول إلا بالبينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا، وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه)** فإن قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة، وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكذلك **(وإن لم تقم بينة)** أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق **(لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه)** أياماً إذا جلس يقول المنادي إن القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني خصمه فليحضر، فإن حضر وإلا فمن رأى القاضي أن يطلقه، فإن لم يحضر الرجل منهم خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهراً فلا يعجل بالتخلية ويستظهر أمره كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعي عليه إذا حضر. والفرق لأبي حنيف رحمه الله في أخذ الكفيل هنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلاً على ما سيجيء أن في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لأمر موهوم.

قوله: **(لأن الإقرار ولي الواجد يحل عرضه الخ)** أقول: قال صاحب البدائع: قال النبي عليه الصلاة والسلام: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» انتهى. فإن قيل: من أين علم أنه واجد قلنا: من حبس القاضي المعزول فإن الظاهر أنه لو لم يعلم يساره لم يحبسه. قال المصنف: **(لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة)** أقول: فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البينة لا قول المعزول قوله: **(فإن لم يحضر لرجل منهم خصم الخ)** أقول: يعني بعد النداء قوله: **(على ما سيجيء)** أقول: في فصل القضاء بالمواريث من هذا الكتاب.

فلا يعجل كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير. **(وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده)** لأن كل ذلك حجة **(ولا يقبل قول المعزول)** لما بيناه **(إلا أن يعترف الذي هو في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها)** لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي فيصح إقرار القاضي كأنه في يده في الحال، إلا إذا بدأ بالإقرار لغيره ثم أقرّ بتسليم القاضي فيسلم ما في يده إلى المقرّ له الأول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقرّ له من جهة القاضي.

الحكم بينهما، وإن لم يحضر أخذ منه كفيلاً بنفسه إذ لعله محبوس بحق لغائب، وأمارته أنه في حبس قاض، والظاهر أنه بحق، فإن قال لا كفيل لي وأبى أن يعطي كفيلاً وجب أن يحتاط نوعاً آخر من الاحتياط فينادي شهراً فإن لم يحضر أحد أطلقه. وقيل أخذ الكفيل هنا قولهما. أما على قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث إذا اقتسموا على ما سيأتي، والمختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق. والفرق لأبي حنيفة أن المال ظاهراً حق لهذا الوارث، وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه إلى زمان حصول الكفيل لأمر موهوم، وهنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضي بحق ولكنه مجهول، فليس أخذ الكفيل لموهوم، ولو قيل فبالنظر إلى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله إني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الإعسار كان جيداً قوله: **(وينظر في الودائع وارتفاع الأوقاف)** الكائنة تحت أيدي أمناء القاضي، والذي في ديارنا من هذا أن أموال الأوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم **(فيعمل)** فيها **(على)** حسب **(ما تقوم به البينة)** أنه لفلان أو غير ذلك **(أو يعترف)** الذي هو في يده **(ولا يقبل قول المعزول)** على من هي في يده إذا أنكر وقال هي لي إلا ببينة **(لما بينا)** أنه التحق بواحد من الرعايا، بخلاف القاضي لأنه هو المخصوص بأن يكتفي بقوله في الإلزام حتى أن الخليفة الذي قلد القاضي لو أخبر القاضي أنه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر، والواحد لا يقبل قوله: **(إلا أن يعترف الذي في يده أن)** القاضي **(المعزول سلمها إليه فحينئذ إما أن يقول سلمها إليّ ولا أدري لمن هي، أو يقول سلمها إليّ)** وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقرّ

وأما هاهنا فإن الحق للغائب ثابت بيقين نظراً إلى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لأمر موهوم وقيل أخذ الكفيل هاهنا أيضاً على الخلاف فلا يحتاج إلى فرق، وذكر في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل هاهنا بالاتفاق، فالفرق المذكور يكون محتاجاً إليه، وإن قال: لا كفيل لي أو لا أعطي كفيلاً، فإنه لم يجب عليّ شيء نادى عليه شهراً ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطاً، فإذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهراً **(وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف)** لأنه نصب ناظراً في أمور الناس **(فيعمل في المذكور على)** حسب **(ما تقوم به البينة أو باعتراف من هو بيده)** لأنه لا بد لعمله من حجة **(وكل ذلك حجة، ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذو اليد أن المعزول سلمها إليه فيقبل فيها قول المعزول، لأنه بإقرار ذي اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح إقرار المعزول به كأنه بيده للحال)** ولو كان بيده عياناً صح إقراره به، فكذا إذا كان بيد مودعه لأن يد المودع كيد المودع **(إلا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار لغير من أقرّ له القاضي فإنه يسلم إلى المقر له الأول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي)** والحاصل أن هذه المسألة على خمسة أوجه: وذلك لأن من بيده المال إما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يجحد كله، فإن كان الثاني فالقول قوله، ولا يجب بقول المعزول عليه شيء؛ وإن كان الأول فإما أن يقول دفعه القاضي إليّ وهو لفلان ابن فلان من أقرّ له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولاً بتعليله وإما أن يقول دفعه القاضي إليّ ولا أدري لمن هو وحكمه كحكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل، وإما أن يقول دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان غير من أقرّ له القاضي

قوله: **(فإن الحق للغائب ثابت بيقين)** أقول: إطلاق اليقين على ما ثبت نظراً إلى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى قوله: **(ثم يضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له)** أقول: يعني ويسلم القيمة.

قال: **(ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد)** كي لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين، والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو

له القاضي المعزول: ففي هذين يقبل قول المعزول فيهما لأنه يثبت بإقرار من في يده أن اليد فيها كانت للقاضي فيقبل إقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال إقراره، أو يقول دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان، وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول، ويدفع لمن أقرّ به له لأنه أقر باليد للقاضي فصار كأنّ المال في يده فأقرّ به لواحد وأقرّ به هذا الرجل لآخر وفيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا أو بدأ بالإقرار لفلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه إليّ القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم إلى من أقرّ له الأمين، ويضمن مثله إن كان مثلياً أو قيمته للمعزول فيدفعه المعزول إلى من أقرّ له به لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقرّ بما هو في يده. فلما قال دفعه إليّ القاضي فقد أقرّ أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقرّ به لغير من أقر هو به له فيصير هو متلفاً لذلك على من أقر له القاضي بإقراره لغيره فيضمنه. هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضي الأول يقول استودعت فلاناً مال فلان اليتيم وجحد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره، وكذا لو مات الأول واستقضى غيره فشهد بذلك.

[فرع يناسب هذا] لو شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضي لم أقض بشيء لا تجوز شهادتهما عندهما. ويعتبر قول القاضي، وعند محمد تقبل وينفذ ذلك قوله: **(ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً كي لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين)** وفي الخلاصة: ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار، وكذا المفتي والفقيه **(والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر)** ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة. قال فخر الإسلام: هذا إذا كان الجامع في وسط البلد، أما إذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له، فالأولى أن يختار مسجداً في وسط البلد وفي السوق، ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان إلا أن الأولى ما ذكرنا، وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه وقال الشافعي: **(يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه)** أي القضاء **(يحضره المشرك وهو بالنص)** قال تعالى: ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد﴾ [التوبة: ٢٨] **(والحائض وهي ممنوعة عن دخوله)** ولأن المساجد بنيت للصلاة والذكر، والخصومات تقترن بالمعاصي كثيراً من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى **(ولنا)** ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث

وحكمه ما تقدم، لأنه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد له فصار كأن المال في يده لما مر؛ ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح، وإما أن يقول هو لفلان غير من أقر له القاضي ودفعه إلى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخراً وحكمه أن المال يسلم إلى المقرّ له أوّلاً لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقرّ له من جهة القاضي إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً، وهذا لأن إقراره الأول لما صح وجب تسليم المال إلى المقرّ له وإذا قال بعد ذلك دفعه إليّ القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقرّ أن اليد كانت للقاضي، وبإقراره لغير من أقر له القاضي أتلف المال على من أقر له القاضي فكان ضامناً للمثل أو القيمة. كذا نقل صاحب النهاية وغيره غن الصدر الشهيد وغيره. وفيه نظر لأن الإقرار الأول إما أن يبطل ما بعده أو لا، وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالإقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم، ولم أر أحداً ذكر الضمان للمقرّ له ثانياً في الوجه الرابع. ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول إن كان باليد يختار إبطال وما بعده وإلا فلا، وذلك لأن الإقرار ممن لا يد له لصدوره عن الأجنبي عن المقر به فاسد، فإذا أقرّ باليد الشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل إقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه وإذا أقر بالملك لغيره بما في يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الأول وليس له ذلك لكونه إقراراً في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه

قوله: **(وهوالمذكور في الكتاب أولاً الخ)** أقول: فيه تأمل، فإن المذكور في الكتاب أولاً لا اختصاص له بما ذكره بل يعم الصورتين الأخيرتين أيضاً.

نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم. وكان رسول الله ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه» وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة. ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في

سهل بن سعد، وفيه «فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد»[1] ولا بد من كون أحدهما كاذباً حانثاً في يمين غموس، وفي الصحيحين أيضاً عن كعب بن مالك: «أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو في بيته فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى: يا كعب، فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال: قم فاقضه»[2] وأخرج الطبراني مسنداً إلى ابن عباس قال: «بينا رسول الله ﷺ يخطبنا يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه فقال: يا رسول الله أقم عليّ الحد، فقال: اجلس فجلس، ثم قام الثانية فقال: يا رسول الله أقم عليّ الحد، فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم عليّ الحدّ، قال وما حدك؟ قال: أتيت امرأة حراماً، فقال ﷺ لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوّج، فقيل يا رسول الله ألا تجلد التي خبث بها، فقال له رسول الله ﷺ: من صاحبتك؟ قال: فلانة فدعاها ثم سألها، فقالت: يا رسول الله كذب عليّ والله إني لا أعرفه، فقال ﷺ: من شاهدك؟ فقال: يا رسول الله ما لي شاهد، فأمر به فجلد حدّ الفرية ثمانين جلدة»[3] وأما أن الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى: يعني وقع منهم هذا، ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهما وقع لهما ذلك. ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئاً كثيراً. ففي البخاري: لاعن عمر عند منبر رسول الله ﷺ[4]. وأسند الإمام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة في ذلك، فما قيل إنه غريب مبني على أن المراد رواية هذا اللفظ، وليس كذلك. وفي الطبقات لابن سعد بسنده إلى ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر، وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند إلى سعيد بن مسلم بن

إقراراً على نفسه بإتلاف حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك، والله أعلم. قال: **(ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد الخ)** الحاكم يجلس للقضاء جلوساً ظاهراً في المسجد كي لا يتستر مكانه عن الغرباء وبعض المقيمين. وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وأرفق بالناس. قال الإمام عليّ البزدوي: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، وأما إذا كان في طرف منها يختار مسجداً في وسطها كي لا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إليها. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس﴾ ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد. وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيتقدم إليه الخصمان وبين الذهاب إليه لفصل الخصومة، ولم يكره الأول وكره الثاني. ولنا ما روي أنه ﷺ قال: «إنما بنيت

قوله: **(وروي عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى)** أقول: يعني أنه قال: والمسجد عطفاً على الكلام السابق.

---

(١) صحيح. وهو بعض حديث أخرجه البخاري ٤٢٣ و ٥٣٠٩ باب التلاعن في المسجد و ٧١٦٥ ومسلم ١٤٩٢ كلاهما من حديث سهل بن سعد الساعدي في خبر اللعان وقد تقدم في باب اللعان.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٧ و ٢٤١٨ و ٢٧١٠ ومسلم ١٥٥٨ وأبو داود ٣٥٩٥ والدارمي ٢/ ٢٦١ وأحمد ٦/ ٣٩٠ و ٣/ ٤٥٤. ٤٦٠ وابن حبان ٥٠٤٨ والبغوي ٢١٥١ والطبراني ١٩(١٢٧) كلهم من حديث عبد الله بن كعب عن أبيه به. وكرره البخاري ٢٤٢٤ و ٢٧٠٦ والنسائي ٨/ ٢٤٤ والبيهقي ٦/ ٥٢ من طريقين عن عبد الله بن كعب عن أبي كعب فذكره.

(٣) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٧١. ٧٢ من حديث ابن عباس، وسكت عليه هو، وابن حجر في الدراية ٨٢٠ مع أن في إسناده القاسم بن فياض الأبناوي مجهول كما في التقريب، وشيخه خلاد بن عبد الرحمن فيه كلام أيضاً. فلا حجة في رواية المجاهيل.

(٤) موقوف. ذكره البخاري ١٣/ ١٥٤ معلقاً بلا سند لكن بصيغة الجزم ولم يذكر الحافظ من وصله.

ظاهره فلا يمنع من دخوله، والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة. ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها، ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة.

بابك. قال: رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي قضاء المدينة. وإلى محمد بن عمر قال: لما ولى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم إمرة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولى أبا طوالة القضاء بها فكان يقضي في المسجد، قال: أبو طوالة ثقة يروى عن أنس بن مالك. وإلى إسماعيل بن أبي خالد قال: رأيت شريحاً يقضي في المسجد، وإلى الأسود بن شيبان قال: رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يقضي في المسجد[١]، وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهوراً وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو إنكاره عن أحد. وأما الحديث الذي ذكره المصنف: «إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم»[٢] فلم يعرف، وإنما أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال أصحاب رسول الله ﷺ: «مه مه، فقال ﷺ: لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال، ثم دعاه رسول الله ﷺ فقال: إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر، وإنما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن، قال: وأمر رجلاً من القوم فدعا بدلو من ماء فشنه عليه»[٣] وأما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه **(والحائض تخبر بحالها ليخرج إليها القاضي)** أو يرسل نائبه **(كما لو كانت الدعوى في دابة، ولو جلس في داره فحسن به)** شرط **(أن يأذن للناس)** على العموم ولا يمنع أحداً من الناس لأن لكل أحد حقاً في مجلسه، وعلى قياس ما ذكرنا في المسجد أن الأولى أن يكون في وسط البلد. وفي المبسوط: ولا يقضي وهو يمشي أو يسير على دابته لأنه إذ ذاك غير معتدل الحال، ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء، ولأنه مشغول بما هو فيه، ولا بأس بأن يتكىء لأنه نوع جلسة كالتربع وغيره، وطباع الناس في الجلوس مختلفة، وينبغي أن لا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الأخبثين أو به حاجة إلى الجماع. والحاصل أنه لا يقضي حال شغل قلبه، وأصله حديث: «لا يقضي القاضي

المساجد لذكر الله تعالى والحكم» وكان رسول الله ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه» وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة قوله: **(ونجاسة المشرك)** جواب عن دليل الشافعي. وتقريره: نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فإنه ثبت أن النبيّ ﷺ كان ينزل الوفود في المسجد **(فلا يمنع من دخوله)** إذ لا يصيب الأرض منه شيء **(والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة)**. فإن قيل: يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها. قلنا: الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها **(ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك)** قال الإمام فخر الإسلام: إذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد، فإذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول إليها لأن لكل أحد حقاً في مجلسه **(ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد)** حتى يكون أبعد من التهمة **(إذ في الجلوس وحده تهمة)** الظلم وأخذ الرشوة. قال: **(ولا يقبل: هدية إلا من ذي رحم محرم منه الخ)** الحاكم لا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم له أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء. أما أنه لا يقبل الهدية فلأنه من جوالب القضاء إذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام، والأصل في ذلك ما روى البخاري بإسناده إلى عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي: «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً من الأزد يقال له ابن الأتبية على الصدقة فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي، فقال رسول الله ﷺ: فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا» واستعمل عمر رضي

---

(١) ذكر هذه الآثار الإمام الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٧٢.

(٢) لا أصل له بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٧٠ وقال: غريب بهذا اللفظ.
وقال ابن حجر في الدراية ٨١٩: لم أجده هكذا. ووافقهما ابن الهمام.

(٣) تقدم في كتاب الطهارة. رواه مسلم وغيره.

قال: (**ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته**) لأن الأول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة، وفيما وراء ذلك يصير آكلاً بقضائه، حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته، وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة إلا

وهو غضبان»[1] معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فأكثر إلا أن يكون الناس قليلاً، ولا يقدم رجلاً جاء الآخر قبله، ولا يضرب في المسجد حداً ولا تعزيراً (و) ينبغي أن (**يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة**) الرشوة أو الظلم. وروي أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة، ويستحبّ أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعلياً حتى قال أحمد: يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه. وفي المبسوط: فإن دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده، فإن طباع الناس تختلف، فمنهم من يمنعهم حشمة الفقهاء من فصل القضاء. ومنهم من يزداد قوة على ذلك، فإذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده. وفي المبسوط ما حاصله أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته، ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس، ونسبته إلى أنه جار عليه. ومن يسمع يخل، فربما تفسد العامة غرضه وهو بريء، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى قوله: (**ولا يقبل الهدية**) الحاصل أن المهدي إما له خصومة أو لا، فإن كانت لا يقبل منه وإن كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم، وإن لم يكن خصومة فإن لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل، وإن كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فإن زاد لا يقبل الزيادة. وذكر فخر الإسلام إلا أن يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله إذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها، وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب إلا إذا كان له عادة بالمهاداة كغيره، فإن لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل. وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال: ولا يقبل الهدية إلا من

الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بمال فقال: من أين لك هذا؟ فقال: تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا، فقال: أي عدوّ الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى إليك أم لا؟ فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال. فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة. وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فإنه من جوالب القرابة، وهو مندوب إلى صلة الرحم وفي الردّ معنى القطيعة وهو حرام. ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون. وعبارة النهاية تدل على أن المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي، وأما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فإنه ليس بأكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة. والحاصل أن المهدي للقاضي إما أن يكون ذا خصومة أو لا. والأول لا يجوز قبول هديته مطلقاً: أي سواء كان قريباً أو مهادياً قبل القضاء أو لم يكن. والثاني إما أن يكون قريباً أو ممن جرت له العادة بذلك أو لا، والثاني كذلك لأنه أكل بالقضاء فيتحاماه، والأول يجوز قبوله إن لم يزد من له العادة على المعتاد. وقال الإمام فخر الإسلام: إن زاد على المعتاد عندما ازداد ما لا يقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله، ثم إن أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به؟ اختلف المشايخ فبعضهم قالوا: يضع في بيت المال، وعامتهم قالوا: يردها على أربابها إن عرفهم، وإليه أشار في السير الكبير وإن لم يعرفهم أو يعرفهم إلا أن الردّ يتعذر لبعدهم يضعها في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧١٥٨ ومسلم ١٧١٧ وأبو داود ٣٥٨٩ والترمذي ١٣٣٤ والنسائي ٨/ ٢٣٧. ٢٣٨ وابن ماجه ٢٣١٦ والشافعي ٢/ ١٧٧ والطيالسي ٨٦٠ والحميدي ٧٩٢ وابن أبي شيبة ٧/ ٢٣٣ وأحمد ٥/ ٣٦. ٣٨. ٤٦. ٥٢ والطحاوي ٢/ ٨٤٥. ٨٤٦ في الشروط وابن حبان ٥٠٦٣ و ٥٠٦٤ وابن الجارود ٩٩٧ والبغوي ٢٤٩٨ والبيهقي ١٠/ ١٠٤. ١٠٥ ووكيع في أخبار القضاة ١/ ٨٢ والدارقطني ٤/ ٢٠٥. ٢٠٦ من طرق كلهم من حديث أبي بكرة مرفوعاً: لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان.

هذا لفظ مسلم، ومن تابعه.

ولفظ البخاري: لا يقضينّ حكم بين اثنين، وهو غضبان.

أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة، بخلاف العامة، ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو

ذي رحم محرم أو ممن له عادة قبل القضاء تفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل إذا لم تكن خصومة. والوجه هو ظاهر النهاية. ثم صرح في مسألة الدعوى عن شيخ الإسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته إلا إذا كان له عادة، نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء إن كان ذلك لفقر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولاية قريبه فصار يهدي إليه جاز لأن الظاهر أن المانع ما كان إلا الفقر، وهذا على شبه قول فخر الإسلام في الزيادة: إذا كثر ماله. ثم إذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قيل يضعها في بيت المال لأنها بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يردها على أربابها إن عرفهم، وإليه أشار في السير الكبير، وإن لم يعرفهم أو كانوا بعيداً حتى تعذر الرد في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة، فإن جاء المالك يوماً يعطاها، وكل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي. وفي شرح الأقطع: الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه، والهدية لا شرط معها انتهى. والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال: «استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد يقال له ابن اللُّتْبِيَةِ على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا لي، قال عليه الصلاة والسلام: هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا»[1] قال عمر بن عبد العزيز: كانت الهدية على عهد رسول الله ﷺ هدية واليوم رشوة[2]، ذكره البخاري. واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة فقدم بمال فقال له: من أين لك هذا؟ قال: تلاحقت الهدايا، فقال له عمر رضي الله عنه: أي عدوّ الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا، فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال[3] وتعليل النبي ﷺ دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية، ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا، وعند الشافعي هو محرم كالرشوة. هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة قوله: **(ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة)** يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة **(ويدخل في هذا الجواب قريبه)** فلا يجيب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له **(وعن محمد يجيب قريبه وإن كانت خاصة)** هكذا حكى الخلاف الطحاوي. وقال الخصاف:

بيت المال، وحكمه حكم اللقطة، وإنما يضعها في بيت المال لأنه إنما أهدى إليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم **(ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة)** قيل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة، وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة، وذكر المصنف أن الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وإطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: إنه يجيب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية، وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوّزا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزا حضور دعوته

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧١٧٤ و ٧١٩٧ من حديث أبي حميد الساعدي وتمامه: والذي نفسي بيده لا يأتي بشيء إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته إن كان بعيراً له رُغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تَيْعَرُ، ثم رفع يديه حتى رأينا عُفْرَتي إبطيه ألا هل بلغت ثلاثاً. ورواه مسلم ١٨٣٢ من عدة وجوه. وجاء في الفتح ١٣/١٦٦ شاة تَيْعَرُ: قال القزاز: هو يُعار، وهو صوت الشاة الشديد. وقال غيره: اليُعار صوت المعز.

(٢) أثر عمر بن عبد العزيز. ذكره البخاري عند حديث ٢٥٩٦ معلقاً بصيغة الجزم. وقال الحافظ في الفتح: وصله ابن سعد، وأبو نعيم في الحلية وفيه قصة.

(٣) غريب بهذا اللفظ. وجاء في الإصابة ١١٩٠ قال عبد الرزاق: أخبرنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين: أن عمر استعمل أبا هريرة على البحرين، فقدم بعشرة آلاف. فقال عمر: استأثرت بهذه الأموال فمن أين لك؟ قال: خيلٌ نتجت وأعطية تتابعت، وخراج رقيق لي، فنظر فوجدها كما قال. ثم دعاه ليستعمله فأبى اهـ وإسناده جيد رجاله رجال البخاري ومسلم وليس فيه أنه أخذها منه كما ذكر ابن الهمام. فتنبه.

قولهما. وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية، والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها.

يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم، وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية، قال: يقبل منه مطلقاً، ولم يفصل بين جري العادة وغيره، وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن. قال شيخ الإسلام: قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والأجنبي سواء. وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء، فإذا أهدى بعد القضاء لا بأس بقبوله انتهى. فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك لإمكان الذي قدمناه. واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة. وقال المصنف **(الخاصة)** هي **(التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها)** والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أو لا. وعندي أن ما حكي عن القاضي أبى على النسفي وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين، وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاماً عاماً ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا لهاتين الخصلتين أو لمخصوص من الناس ولأنه أضبط، فإن معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لوائح ليس كضبط هذا، ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي، والله أعلم.

وعند الشافعي وأحمد: يحضر الولائم مطلقاً لأنه ﷺ كان يحضر[1] وهو الذي كان يقضي. قلنا كان ﷺ معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلقد أبعدت قوله: **(ويشهد الجنازة ويعود المريض)** المراد مريض لا خصومة له وإلا لا يعوده، إنم وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «حق المسلم على المسلم خمس: ردّ السلام، وتشميت العاطس، وإجابة الدعوة، وعيادة المريض، واتباع الجنائز، وإذا استنصحك فانصح له»[2] فهذه هي السادسة. ورواه ابن حبان وقال فيه: وإذا عطس فحمد الله يُشَمِّته[3]. وروى

أن ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وإنما أحدث بعده، وما ذكروا في الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم. وذكر صدر الإسلام أبو اليسر: إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته، وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر أو إلى التهمة. قال: **(ويشهد الجنازة ويعود المريض الخ)** الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم. قال ﷺ: «للمسلم على المسلم ستة حقوق» روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمسلم على المسلم ستّ خصال واجبة، إن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً عليه: إذا دعاه أن يجيبه، وإذا مرض أن يعوده، وإذا مات أن يحضره، وإذا لقيه أن يسلم عليه، وإذا استنصحه أن ينصحه، وإذا عطس أن يشمته» كذا في تنبيه الغافلين **(ولا يضيف أحد الخصمين لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك)** روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «نهانا رسول الله ﷺ أن نضيف الخصم إلا أن يكون

---

(١) أي الولائم وهذا يعرف بالاستقراء وبه يثبت.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٤٠ ومسلم ٢١٦٢ وأبو داود ٥٠٣١ وعبد الرزاق ١٩٦٧٩ والطيالسي ٢٢٩٩ وابن حبان ٢٤١ والطحاوي في المشكل ١/ ٢٢٢ و ٤/ ١٥٠ والبغوي ١٤٠٤ وأحمد ٢/ ٣٣٢. ٥٤٠ والنسائي في اليوم والليلة ٢٢١ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.
وليس فيه: وإذا استنصحك، فانصح له. وإنما هذا اللفظ في رواية ثانية لمسلم ٢١٦٢ ح ٥ من حديث أبي هريرة أيضاً ولفظه: حق المسلم على المسلم ست. قيل: ما هنَّ يا رسول الله؟ قال: إذا لقيته، فسلم عليه، وإذا دعاك، فأجبه، وإذا استنصحك، فانصح له، وإذا عطس، فحمد الله فشمتهُ وإذا مرض فَعُدْهُ وإذا مات فاتَّبِعْهُ اهـ.
فتبين أن المصنف أخذ لفظ: «وإذا استنصحك فانصح له» من رواية مسلم الثانية. وإلا كيف يقول في بداية حديثه الأول: خمس... ثم يعدُها على أنها ستّ.

(٣) هو عند ابن حبان ٢٤٢ من حديث أبي هريرة أيضاً وهو بعض المتقدم.

قال: **(ويشهد الجنازة ويعود المريض)** لأن ذلك من حقوق المسلمين، قال عليه الصلاة والسلام: «للمسلم على المسلم ستة حقوق» وعدّ منها هذين **(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه)** لأن النبيّ ﷺ نهى عن ذلك، ولأن فيه تهمة.

البخاري في كتابه المفرد في الأدب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الإفريقي قال: كنا غزاة في البحر زمن معاوية، فانضم مركبنا إلى مركب أبي أيوب الأنصاري، فلما حضر غداؤنا أرسلنا إليه فأتانا وقال: دعوتموني وأنا صائم فلم يكن لي من أن أجيبكم لأني سمعت رسول الله ﷺ يقول «إن للمسلم على أخيه ست خصال واجبة، إن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً عليه لأخيه: يسلم عليه إذا لقيه، ويجيبه إذا دعاه، ويشمته إذا عطس، ويعوده إذا مرض، ويحضره إذا مات، وينصحه إذا استنصحه»[1] ولا بد من حمل الوجوب فيه على الأعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث، فإن ظاهرة وجوب الابتداء بالسلام، وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندباً أو جوباً بالاصطلاح قوله: **(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه)** الآخر، لما روى إسحاق بن راهوية في مسنده عن الحسن قال «جاء رجل فنزل على عليّ رضي الله عنه فأضافه، فلما قال إني أريد أن أخاصم، قال له عليّ رضي الله عنه: تحول فإن النبي ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه»[2]. وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقنطي **(ولأن فيه تهمة)** الميل قوله: **(وإذا حضرا سوّى بينهما في الجلوس والإقبال)** لما روى إسحاق بن راهوية في مسنده: أخبرنا بقية بن الوليد عن إسماعيل بن عياش، حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر»[3] وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن

خصمه معه» **(ولأن الضيافة والخلوة تورث التهمة)** قال: **(وإذا حضرا سوّى بينهما الخ)** إذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فإن كان أحدهما من ولاه والآخر فقيراً أو كانا أباً وابناً يسوّي بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الأرض، لأنه لو أجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فتفوت التسوية، ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٩٢٢ والطحاوي في المشكل ١/ ٢٢٣ و ٤/ ١٤٩ كلاهما من حديث أبي أيوب.
وفي إسناده عبد الرحمن بن زياد الإفريقي. ضعيف في حفظه وكان رجلاً صالحاً. قاله الحافظ في التقريب، وبقية رجاله ثقات، ولكن لما كان للحديث شواهد بمثله يرقى إلى درجة الحسن، ويُظنُّ بأن عبد الرحمن هذا حفظه. ولم أقل صار صحيحاً لأن فيه زيادة لفظ الوجوب وهو غريب والله تعالى أعلم.

(٢) ضعيف. أخرجه إسحاق كما في المطالب العالية ٢١٣٦ والبيهقي ١٠/ ١٣٧ وعبد الرزاق والدارقطني في المؤتلف والمختلف كما في نصب الراية ٤/ ٧٣ كلهم عن الحسن قال فذكره. وهو مرسل. فالحسن لم يدرك علياً وورد متصلاً. فقد أخرجه البيهقي ١٠/ ١٣٧. ١٣٨ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/ ١٩٧ كلاهما عن الأسود الديلي عن علي به
وقال الهيثمي: فيه الهيثم بن غصن لم أجد من ذكره، وبقية رجاله ثقات.
قلت: لعله وقع تصحيف في رواية الطبراني. لأن البيهقي قال في إسناده: عن القاسم بن غصن. قلت: وما توقعته قد كان فقد جاء في الميزان للذهبي: القاسم بن غصن عن داود بن أبي هند قال أحمد: حدث بأحاديث مناكير، وكذا قال ابن حبان. وقال أبو حاتم: ضعيف ا هـ.
قلت: وهذا الحديث هو عن داود بن أبي هند فهو القاسم بن غصن.
ولهذا الخبر طريق آخر. وهو ما أخرجه البيهقي ١٠/ ١٣٧ عن الحسن عن رجل نزل على علي... فذكره وهذا متصل. قد صرح فيه الحسن بالتحديث فزالت شبهة التدليس.

(٣) ضعيف. أخرجه إسحاق في مسنده كما في نصب الراية ٤/ ٧٣. ٧٤ من طريق بقية عن إسماعيل بن عياش من حديث أم سلمة.
وبقية مدلس وقد عنعنه وشيخه مقبول في روايته عن الشاميين وجاءت هنا عن الحجازيين فهي واهية.
وأخرجه أبو يعلى ٥٨٦٧ و ٦٩٢٤ والدارقطني ٤/ ٢٠٥ والبيهقي ١٠/ ١٣٥ والطبراني كما في المجمع ٤/ ١٩٧ و ٤/ ١٩٤ كلهم من حديث أم سلمة ومداره على عباد بن كثير الثقفي.
وقال البيهقي عقبه: إسناده ضعيف.
وقال الهيثمي: فيه عباد الثقفي: ضعيف. وهذا عقب الرواية الثانية وأما في الرواية الأولى فقال عنه الهيثمي: متروك.

قال: **(وإذا حضرا سوّى بينهما في الجلوس والإقبال)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوّ بينهم في المجلس والإشارة والنظر» **(ولا يسارّ أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة)** للتهمة ولأن فيه مكسرة

عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي ﷺ «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده»[1] وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري أن: آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حلفك ولا ييأس ضعيف من عدلك[2]. **(ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجته للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لأنه يجترىء بذلك على خصمه، ولا يمازحهم ولا واحداً منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء)** والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه، ولا يجالس واحداً عن يمينه والآخر عن يساره لأن لليمين فضلاً، ولذا كان ﷺ يخص به أبا بكر دون عمر. وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير قد أجلس عمرو بن الزبير على السرير، فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقة الآخر فقال هنا، فقال عبد الله: الأرض الأرض قضاء رسول الله ﷺ، أو قال: سنة رسول الله ﷺ أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي[3]. وفي النوازل والفتاوى الكبرى: خاصم السلطان مع رجل مجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما. وبهذه المسألة يظهر أن القاضي يصلح قاضياً على السلطان الذي ولاه، ولادليل عليه قصة شريح مع عليّ فإنه قام فأجلس علياً رضي الله عنه مجلسه، وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان، ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيماً للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيماً له فيكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما، ويسند القاضي ظهره إلى المحراب، وهذا رسم زماننا. قالوا: وهو أحسن لأنه موافق لفعله ﷺ. أما في زمن الخصاف وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة، ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب، وإذا حضرا فالقاضي بالخيار إن شاء ابتدأ فقال مالكما وإن شاء تركهما حتى يبتدئا هما بالنطق، وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهما، فإذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى يفهم حجته لأن في تكلمهما معاً شغباً وقلة حشمة لمجلس القضاء، ثم يستنطق الآخر وإن لم يسأل المدعي ذلك. وقيل إلا بعد سؤال المدعي بأن يقول اسأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له صحتها، وإلا قال قم فصحح دعواك، وإذا صحت

فكذلك لفضل اليمين، وإن خاصم رجل السلطان إلى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضي بينهما كي لا يكون مفضلاً لأحد الخصمين على الآخر، وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاه، وكذلك يسوي بينهما في الإقبال وهو التوجه والنظر. والأصل فيه قوله ﷺ: «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوّ بينهم في المجلس وّالإشارة والنظر» قال: **(ولا يسارّ أحدهما ولا يشير إليه)** لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرّاً ولا يشير إليه لا بيده ولا برأسه ولا بحاجبه **(ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لأن في ذلك كله تهمة)** وعليه الاحتراز عنها **(ولأن فيه كسر القلب الآخر فينحيه عن طلب حقه فيتركه)** وفيه اجتراء من فعل فعل به ذلك على خصمه **(ولا يمازحهم ولا واحداً منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء)** وينبغي أن يقيم بين يديه رجلاً يمنع الناس

---

(١) تقدم في الذي قبله.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ١٠/ ١٣٥ من طرق عن عمر به وإسناده جيد بمجموع طرقه.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٨٨ والبهقي ١٠/ ١٣٥ والحاكم ٤/ ٩٤ كلهم عن عبد الله بن الزبير به. واللفظ للحاكم. وأما أبو داود فلم يذكر القصة. قال الحاكم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي!

مع أن فيه: مصعب به ثابت الزبيري. قال في التقريب: لَيِّنُ الحديث ا هـ فالخبر غير قوي لكن له شواهد فهو حَسَن والله أعلم.

لقلب الآخر فيترك حقه **(ولا يضحك في وجه أحدهما)** لأنه يجترىء على خصمه **(ولا يمازحهم ولا واحداً منهم)** لأنه يذهب بمهابة القضاء.

الدعوى يقول فماذا تريد أن أصنع، فإن قال أريد جوابه سأله. والأصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود، وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم، واختار محمد أن يقدم الدعوى الأول فالأول، ويضع على ذلك أميناً لا يرتشي يعرّفه السابق، وليبكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع، ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يتمهل معهم فإن بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها، ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيباً لا تخافه الناس. وأنكر الأئمة ما رأوا من أخذ بواب القاضي شيئاً ليمكنه من الدخول وهو يعلم. قالوا: هذا فساد عظيم ليس لأحد أن يمنع أحداً من التقدم إلى باب القاضي في حاجة، والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة، وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي. قيل: وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس لحكم رجل يمنع الناس من التقدم إليه معه سوط يقال له الجلواز، وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي، واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفاً، بل أن يجلسهما على ما ذكرنا فهذه أيضاً من المحدثات لما فيه من الحاجة إليه. وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سافر استصحب رجلاً سيء الأدب، فقيل له في ذلك فقال: أما علمت أن الشر بالشّر يدفع. والمقصود أن الناس مختلفوا الأحوال والأدب، وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال مراداً به الخير لا حشمة النفس المؤدي إلى الإعجاب ولا حول ولا قوّة إلا بالله. ويستحب أن يكون فيه عبسة بلا غضب، وأن يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف، ولا يترك شيئاً من الحق، ويتخذ كاتباً أميناً صالحاً يكتب المحاضر والسجلات عارفاً بها كي لا يقع السجل فاسداً بالإخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر، ويقعده حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهم وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء، بخلاف عرف العادة اليوم بمصر قوله: **(ويكره تلقين الشاهد)** وهو أن يقول له القاضي كلاماً يستفيد به الشاهد علماً ليه الأئمة الثلاثة. وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئاً من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه **(في غير موضع التهمة)** أما فيها بأن ادعى المدعي ألفاً وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علماً فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين. وفي المبسوط: ما قالاه عزيمة لأن القاضي منهى عن اكتساب ما يجر إليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه. وقول أبي يوسف رخصة، فإنه لما ابتلى بالقضاء شاهد الحصر عند أداء الشهادة لأن مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق إذا لم يعنه على أداء الشهادة، ويحصر مضارع حصر من باب علم إذا امتنع عليه وضاق صدره به، وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة، وأيضاً أمراً بإكرام الشهود فإن الله يحيي بهم الحقوق، وهذا التلقين إعانة وإكرام حيث لا ينسب إليه القصور. وقوله بمنزلة الأشخاص هو إرسال شخص ليأتي بخصمه، يقال شخص من بلد إلى بلد ذهب من حد منع. قيل وتأخير قول أبي

عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن إساءة الأدب، ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهي المنع، ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس.
قال: **(ويكره تلقين الشاهد الخ)** تلقين الشاهد وهو أن يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أتشهد بكذا وكذا مكروه لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لأن القضاء مشروع لإحياء حقوق الناس، وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين إحياء للحقوق بمنزلة الأشخاص والتكفيل، وأما في موضع التهمة مثل أن ادعى المدعي ألفاً

قال: **(ويكره تلقين الشاهد)** ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم. واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل.

يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على أنه مختار المصنف، وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحي، وقد لا يلزم ويكفي كونه أخر دليله في ذلك. وفي فتاوى قاضيخان: لا ينبغي للقاضي أي يبيع ويشتري بنفسه بل يفوّض ذلك إلى غيره، وبه قالت الأئمة الثلاثة. وعن محمد يتخذ وكيلاً لا يعرف أنه وكيل القاضي تحرزاً عن المحاباة. وشرط شريح على عمر حين ولاه أن لا أبيع ولا أشتري ولا أرتشي. وقال بعض أشياخ المالكية، ينبعي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من الماعون والدابة وما أشبه ذلك. وعن محمد: لابأس أن يبيع ويشتري في غير مجلس القضاء، وينبغي للخصوم إذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضي، فإذا سلموا يجب على القاضي ردّ سلامهم، فإن ردّ يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في أحسن ثيابه، والله الموفق.

وخمسمائة والمدعي عليه ينكر خمسمائة وشهدا الشاهدان بالألف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق. وتأخير قول أبي يوسف يشير إلى اختيار المصنف رحمه الله والإشخاص هو إرسال الراجل لإحضار الخصم.

قوله: **(تلقين الشاهد إلى قوله مكروه لأنه إعانة الخ)** أقول: تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكروه خبره.

فصل في الحبس

قال: **(وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه)** لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول

فصل في الحبس

أحكام القضاء كثيرة منها ما ذكر، ومنها الحبس، إلا أنه اختص بأحكام كثيرة فأفرده بفصل على حدته. والحبس مشروع بالكتاب لأنه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة: ٣٣] وبالسنة على ما سلف «أنه ﷺ حبس رجلاً في تهمة»[1] وذكر الخصاف «أن ناساً من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلاً، فبعث إليهم رسول الله ﷺ حبسهم»[2] ولم يكن في عهده ﷺ وأبي بكر سجن، إنما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضي الله عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبساً. وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضاً إلى زمن عليّ رضي الله عنه فبناه، وهو أول سجن بني في الإسلام. قال في الفائق: إن علياً بنى سجناً من قصب فسماه نافعاً، فنقبه اللصوص وتسيب الناس منه، ثم بنى سجناً من مدر فسماه مخيساً، وفي ذلك يقول عليّ رضي الله عنه:

ألا تراني كيساً مكيساً بنيت بعد نافع مخيسا
باباً حصيناً وأميناً كيسا

والمخيس موضع التخييس وهو التذليل، والكيس حسن التأني في الأمور، والمكيس المنسوب إلى الكيس. وأراد بالأمين السجان الذي نصبه فيه، والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلاة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلاً بنفسه لأنه ليضجر قلبه فيسارع للقضاء، ولهذا قالوا: ينبغي أن يكون موضعاً خشناً ولا يبسط له الفراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به، وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد، وفي غيرهم لا وعليه الفتوى. وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمي بلا موجب وموت الأب ونحوه غير مبطل بنفسه. نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك. وسئل محمد عما إذا مات والده أيخرج فقال لا. ولو مرض في السجن فأضناه، إن كان له خادم لا يخرج حتى يموت، وإن لم يكن له خادم يخرج لأنه قد يموت بسبب عدم الممرض، ولا يجوز أن يكون الدين مقضياً للتسبب في هلاكه، ولو

فصل في الحبس

لما كان الحبس من أحكام القضاء وتتعلق به أحكام أفرده في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ فإن المراد به الحبس، وبالسنة وهو ما روي: «أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة» خلا أنه لم يكن في زمان النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن، وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن، ولما كان زمن عليّ رضي الله عنه أحدث السجن بناه من قصب وسماه نافعاً فنقبه اللصوص فبنى سجناً من مدر فسماه مخيساً، ولأن القاضي نصب لإيصال الحقوق إلى مستحقيها فإن امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من أن يجبره على الأداء،

فصل في الحبس

قوله: **(وهو ما روي أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً الخ)** أقول: وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب الحدود قوله: **(فسماه مخيساً)** أقول: خيس تخييساً ذلله فتخيس بالخاء المعجمة. قال في القاموس: مخيس كمعظم انتهى. قال في النهاية: المخيس بالكسر: أي المذلل من التخييس وهو التذليل، وروي بفتح الياء وهو موضع التخييس، وهو الذي اختاره في المغرب.

---

(١) تقدم تخريجه في الكفالة وإسناده حسن. ومضى في الحدود أيضاً

(٢) لم أعثر عليه فيما بين يدي من الكتب والمراجع.

الوهلة فعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره.

احتاج إلى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه، وقيل يمنع منه لأن الجماع ليس من الحوائج الأصلية، ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه للسلام عليه لأنه قد يفضي إلى المقصود من الإيفاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث. والمال غير مقدر في الحبس، فيحبس في الدرهم وما دونه لأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك قوله: **(وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه، لأن الحبس جزاء المماطلة)** بقوله ﷺ «ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»[1] رواه أبو داود، وفسر عبد الله بن المبارك إحلال عرضه بإغلاظ القول له وعقوبته بالحبس **(فلا بد من ظهور المماطلة)** ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالإقرار **(إذ لعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال)** وإنم يظهر إذا أمره بعد إقراره فامتنع **(أما إذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بإنكاره)**. وفي الفوائد الظهيرية: وعن شمس الأئمة السرخسي عكس هذا، وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يحبسه لأول هلة لأنه يعتذر بأني ما كنت أعلم أن عليّ ديناً له بخلافة بالإقرار لأنه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه، وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يأمره في الإقرار والبينة قوله: **(فإن امتنع)** أي بعد أمره بقضائه **(حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده)** كالقرض وثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا ثبت المال في يده ثبت غناه **(به)** والمراد بالغنى القدرة على الإيفاء، وإلا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به: يعني إذا دخل المال في يده ثبتت قدرته على إيفائه، وما لم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لأن إقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه، ولا يسمع قوله إني فقير لأنه كالمناقض لوجود دلالة اليسار **(ولا يحبسه فيما سوى هذين)** النوعين **(إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه)** حينئذ **(لأنه وجد دلالة اليسار)** أي قدرته على الدين المدعي به، هكذا ذكر في الكتاب **(ويروى أن القول لمن عليه في جمع ذلك)** أي فيما كان بدل مال أو لزمه بعقد أو حكماً لفعله لا لعقد كالإتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف **(لأن الأصل هو العسرة)** في حق كل أحد لأنه خلق عديم المال، ولهذا قال: إذا ثبت

ولا خلاف أن لا جبر بالضرب فيكون بالحبس أولى. قال: **(وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ)** إذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو إما أن يثبت بالإقرار أو بالبينة، فإن كان الأول لم يعجل بالحبس وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها، وإذا ثبت الحق بإقراره لم يظهر كونه مماطلاً في أول الأمر لأن من حجته أن يقول ظننت أنك تمهلني فلم أستصحب المال فإن أبيت أوفيك حقك، فإن امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبس، وإن كان الثاني حبسه كما سبق لظهور المماطلة بإنكاره. وروي عن شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك. ووجهه أن الدين إذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ما علمت له ديناً عليّ فإذا علمت الآن لا أتوانى في قضائه، ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الإقرار، والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه، لأن مانع ذلك ظالم فيجازى به، والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والأضحى الجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله، لأن حقوق الميت تصير مقامة بغيره، وفي الخروج تفويت حق الطالب، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك لأنه لزم القيام بحق الوالدين. وليس في هذا القدر

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٢٨ والنسائي ٧/ ٣١٦. ٣١٧ وابن ماجه ٢٤٢٧ والطحاوي في المشكل ١/ ٤١٣. ٤١٤ وابن حبان ٥٠٨٩ والحاكم ٤/ ١٠٢ وأحمد ٤/ ٢٢٢. ٣٨٨. ٣٨٩ والبيهقي ٦/ ٥١ كلهم من حديث محمد بن ميمون عن عمرو بن الشريد عن أبيه. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي!

وفيه محمد بن ميمون قال في التقريب: مقبول ا هـ ووثقه ابن حبان. وكذا رواه الطبراني ٧٢٤٩. وعلقه البخاري ٥/ ٦١ فقال: ويُذكر... فذكره قال الحافظ: وصله أحمد وأبو داود وإسحاق في مسنديهما وكذا النسائي، وإسناده حسن ا هـ.

اللّيُّ: المطل.

قال: **(فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة)** لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به، وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله.

الحق فلا يحبسه حتى يسأله ألك مال أو لا، فإن قال لا استحلفه فإن نكل حبسه، وإن حلف أطلقه إلا أن يقيم المدعي البينة على قدرته. وعندنا يحبسه ولا يسأله، فإن قال أنا فقير حينئذ ينظر **(ويروى أن القول له)** أي للمديون **(إلا فيما بدله مال)** كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فإن القول فيهما قول المدعي. ونسب الخصاف هذا القول لأبي حنيفة وأبي يوسف، ومن العلماء من قال: يحكم الزي إن كان بزي الفقراء فالقول قوله في الفقر إلا أي يثبت المدعي قدرته، وإن كان بزي الأغنياء فالقول للمدعي إلا في الفقهاء، والعلوية والعباسية لا يحكم الزي لأنهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم، وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زي الفقراء فادعى المدعي أنه غير زيه وقد كان عليه زي الأغنياء قبل أن يحضر مجلس لحكم فإن القاضي يسأل المدعي البينة على ذلك، فإن أقام البينة أنه كان عليه زي الأغنياء جعل القول قول المدعي، فإن لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المديون، وكلما تعارضت بينة اليسار والإعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم، اللهم إلا أن يدعي المدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فإنها تقدم لأن معها علماً بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال. ثم ذكر المصنف مسألتين محفوظتين نصاً عن أصحابنا بلا خلاف: إحداهما أن المرأة إذ ادّعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال إنه معسر ليعطي نفقة الإعسار أن القول للزوج. والثانية أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيئاً ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق.

من الخروج كثير ضرر للطالب، وإن مرض وله خادم لا يخرج لأنه شرع ليضجر قلبه فيتسارع إلى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر، وإن لم يكن له خادم أخرجوه لأنه إذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه، ولو احتاج إلى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطؤهما حيث لا يطلع عليه أحد لأنه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج. وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام، ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده. قال: (فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً الخ) فإن امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه إذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فإن ادعى الإعسار وأنكره المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه، فقال بعضهم: كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي، وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة، واستدل المصنف على ذلك بقوله لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل، وبقوله وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا بما يقدر على أدائه، وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلاً عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن ديناً مطلقاً كالنفقة وغيرها كما سنذكره، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لأن العادة جرت بتسليم المعجل فكان إقدامه على النكاح دليلاً على قدرته. قال القدوري: **(ولا يحبسه فيما سوى ذلك)** يعني ضمان الغصب وأرش الجنايات **(إذا قال إني فقير)** لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه **(إلا أن يثبت المدعي أن له مالاً ببينة فيحبسه، وروى الخصاف عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعى عليه في جميع ذلك)** أي فيما كان بدلاً عن مال وما لم يكن **(لأن الأصل هو العسرة)** إذ الآدمي يولد ولا مال له، والمدعي يدعي عارضاً، والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه **(ويروى أن القول قوله إلا فيما بدله مال)** وهو مرويّ عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما

قوله: **(فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ)** أقول: العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلهذا قابل القدوري ما التزمه بعقد بما لزمه بدلاً عن مال فتأمل قوله: **(يعني ضمان الغصب)** أقول: فيه أن ضمان الغصب دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يديه فوجد فيه دليل اليسار فينبغي أن يكون القول قول المدعي كما صرح به في البدائع. وجوابه أن وضع المسألة فيما إذا

قال: **(ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه)** لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين، وعلى المدعي إثبات غناه، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع

قال المصنف **(والمسألتان تؤيدان القولين الأخيرين)** يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك، وقول القائل القول لمن عليه إلا فيما بدله مال. أما تأييدهما الأول فلأنه جعل القول قول الزوج والمعتق، فلو كان الصحيح المذكور أولاً كان القول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار، وأما تأييدهما الثاني فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق مالاً جعل القول قول من عليه، فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الأخيران، كذا في النهاية. ومنهم من استروح في الأول فقال: أما تأييدهما لقول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر، وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية. ولا يخفى أنهما يبطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزماً بمال أو بعقد، فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب، فإن البدل فيهما ملتزم بعقد أو شبهة، وهو الفعل الحسن الموضوع سبباً: أعني العتق، ويؤيدان القول الأخير وهو أن القول للمديون إلا فيما بدله مال فإن البدل في المسألة ليس مالاً، ويجعل القول للمديون تأيد القول بأن ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وإن التزمه بعقد، ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم أنه يفيد الشمول وإلا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما إذا التزم بعقد والبدل ليس بمال كون القول له في جميع الديون، فما في النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر. وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان، فإن كون القول للمطلوب في الكل إذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدل الدين مالاً فالقول للمدعي، أو غير مال فالقول للمطلوب صحيحاً، فالذي لا شبهة فيه إنما يبطلان القول المذكور في الكتاب ليس غير. وأجاب المصنف عن الإبطال المذكور بأن دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق، وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة، وهذا معنى قوله **(والتخريج على ما قال في الكتاب الخ)** فلم يرد انقضا فيرجع قول الكتاب على قوّته وثبوته **(ثم فيما)** إذا **(كان القول قول المدعي إن له**

الله لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي، وما لم يكن بدله مالاً كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكاً بالأصل وهو العسرة، فذلك ثلاثة أقوال. وفي المسألة قولان آخران: أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل البرّ والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم. والآخر أن يحكم الزيّ إن كان زي الفقراء كان القول له، وإن كان زيّ الأغنياء كان القول للمدعي إلا في أهل العلم والأشراف كالعلوية والعباسية فإنهم يتكلفون في الزيّ مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزيّ فيهم دليل اليسار. وقوله: **(وفي النفقة)** بيان لما هو المحفوظ من الزواية. ذكر في كتاب النكاح أنّ المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج. وفي كتاب العتاق أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله، وهاتان مسألتان محفوظتان تؤيدان القولين الأخرين. أما تأييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلأنه جعل القول قول الزوج والمولى مع أنهما باشرا عقد النكاح والإعتاق، فلو كان الصحيح ما ذكر أوّلاً كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار، وأما تأييدهما للذي كان القول لمن عليه إلا فيما بدله مال فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الإعتاق ما لا يجعل القول قول من عليه، فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران. وقوله: **(والتخريج على ما قال في الكتاب)** يعني القدوري جواب عن

ثبت هلاك المغصوب أو غصبه منه عند القاضي وما في البدائع إذا باعه لآخر مثلاً قوله: **(والمدعي يدعي عارضاً الخ)** أقول: ولا يخفى أن العارض ثبت بدليله الذي ذكره المصنف آنفاً والأصل إبقاؤه حتى يظهر خلافه قوله: **(ولم يعرف قدرته على القضاء)** أقول: بل علم بإقدامه على التزامه باختياره.

قوله: **(فلأنه جعل القول قول الزوج الخ)** أقول: لا يخفى أن ما ذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والعسار بين المعنيين، فإن المراد باليسار في قولهم وإقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الإبقاء ولا كذلك في النفقة قوله: **(مع أنهما باشرا عقد**

ذلك لأن الأصل هو العسرة. ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال. وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر، وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق، والمسألتان تؤديان القولين الأخيرين، والتخريج على ما قال في الكتاب أنه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق، وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الإعتاق، ثم فيما كان القول قول المدعي إن له مالاً أو يثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر. والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه.

مالاً أو ثبت ذلك بالبينة بحبس) المديون **(شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم إنما يحبس مدة ليظهر ماله)** فيؤدي ما عليه **(فلا بد أن تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره)** وهو شهران أو ثلاثة، وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة **(ويروى غير ذلك من التقدير بشهر)** وهو اختيار الطحاوي لأن ما زاد على الشهر في حكم الآجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الأجل شهراً والأقصى لا غاية له فيقدر بشهر. وروي **(أو أربعة أشهر إلى ستة أشهر)** وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة: أي ما بين أربعة أشهر رواية الحسن عن أبي حنيفة قوله: **(والصحيح الخ)** ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد، فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوّض إلى رأي القاضي إذ المقصود بالحبس أن يضجر قلبه فيقضيه إن كان له مال، وهذا يختلف باختلاف الناس إن غلب على ظن القاضي بعد مدة أنه لو كان له مال فرّج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة به، فإن شهد شاهدان عنده أنه قادر على قضاء الدين أبد حبسه، وإن قالوا إنه ضيق الحال أطلقه، ولو رأى أن يسأل

المسألتين نصرة للمذكور فيه، وتقريره أنه: أي النفقة على تأويل الإنفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة. ولهذا تسقط بالموت بالإنفاق، وقد تقدم أن الدين الصحيح هو ما لا يسقط إلا بإبراء من له أو بإيفاء من عليه، وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله، وحينئذ لا يرد نقضاً على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال أو التزمه بعقد، لأن المراد بالدين هو المطلق منه إذ به يحصل الاستدلال على القدرة لأنه إذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته ومماته من جهته إلا بالإيفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه، ثم فيما كان القول فيه قول المدعي أن له مالاً أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما إذا كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن يساره وإعساره. أما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال، وأما توفيته فلأنه لإظهار ماله إن كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر، ويروى غير اتقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لأن ما دونه عاجل والشهر آجل. قال شمس الأئمة الحلواني: وهو أرفق الأقاويل في هذا الباب. وروى الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر إلى ستة أشهر، والصحيح أن شيئاً من ذلك ليس بتقدير لازم، بل هو مفوّض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه، فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي ضجر الآخر، فإن وقع في رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال إن كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك، فإن سأل عنه فقامت بينة على عسرته أخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة إلى لفظة الشهادة والعدد، بل إذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله، والاثنان أحوط إذا لم يكن حال منازعة، أما إذا كانت كما إذا ادعى المطلوب الإعسار والطالب اليسار فلا بد من إقامة البينة، فإن شهد شاهدان أنه معسر خلى

النكاح والإعتاق) أقول: أنت خبير بأن الالتزام في صورة الإعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا يدل الإعتاق مجرداً على الالتزام فلا نقض قوله: **(بدل المهر)** أقول: الظاهر أن يقول بدل النفقة قوله: **(فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران)** أقول: كيف يجتمعان على الصحة وهما متنافيان إلا أن يقال: المراد أن الصحيح لا يعدوهما لأن كلا منهما صحيح قوله: **(أي النفقة على التأويل الإنفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة)** أقول: الإنفاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التأويل، والأصوب أن يقال على التأويل الدين وأن يرجع الضمير إلى كل من النفقة وضمان الإعتاق قوله: **(وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ)** أقول: في الكفالة قوله: **(ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر)** أقول: قوله بشهر متعلق بمقدر.

قال: **(فإن لم يظهر له مال خلى سبيله)** يعني بعد مضيّ المدة لأنه استحق النظرة إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً؛ ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية، ولا تقبل في رواية، وعلى الثانية عامة المشايخ

قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك. وأما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الإعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد: في رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل وإسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعي وأحمد، والأكثر على أنها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك. قيل وهو الأصح، فإن بينة الإعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت، إذا الظاهر أنه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته. واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط وإلا فبعد مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي أنه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه إن لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة إلى سؤال، وإليه يشير قوله فإن لم ينكشف له

سبيله، وليس هذا شهادة على النفي لأن الإعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفي، وإن استحلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معدم حلفه القاضي، فإن نكل أطلقه وإن حلف أبد الحبس. وقال شيخ الإسلام: هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط، وليس بواجب لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي أن يعمل برأيه، ولكن لو سأل كان أحوط. قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت إلا بالملك وتعذر القضاء به لأن الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما إذا أنكر المشتري جوار الشفيع وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فأقام الشفيع بينة أن له نصيباً في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فإن القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما؟ وأجيب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين، والقدرة عليه إنما تكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوماً في نفسه. أما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لأن القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما. قال: **(فإن لم يظهر له مال خلى سبيله الخ)** فإن لم يظهر للمحبوس مال بعد مضيّ المدة التي رآها القاضي برأيه أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر أو شهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لأنه استحق النظرة إلى الميسرة لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ فكان الحبس بعده ظلماً. وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلقاً بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخليه ما لم تمض المدة، وليس كذلك فإن أصحابنا ذكروا في نسخ أدب القاضي وقالوا: وإذا ثبت إعساره أخرجه من الحبس، وعلى ما ذكرنا لا يردّ عليه شيء من ذلك **(ولو قامت البينة على إفلاسه قبل مضيّ المدة)** بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدم لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سراً وعلانية ففيه روايتان **(تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ)** وإن كان ذلك قبل الحبس؛ فعن محمد فيه روايتان: في رواية لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة رحمهم الله. وفي أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبسه ولا يلتفت إلى هذه البينة لأنها على النفي فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت، فإذا حبس ومضت مدة قد تأيدت به إذ الظاهر أن القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال: **(في الكتاب)** أي القدوري **(خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام)** يعني المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجه من الحبس **(في الملازمة)** هل للطالب ذلك أو لا **(وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين إن شاء الله تعالى)** وذكر في الجامع الصغير: **(رجل أقرّ عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسراً أبد حبسه، وإن كان**

قوله: **(وفي بعض الشروح جعل قوله إلى قوله وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك)** أقول: المراد من البعض هو الإتقاني، وسيظهر جواب آخر آنفاً بأن ما في الكتاب على رواية الأصل. فاندفع الإشكال على أن ثبوت الإعسار يكون بالبينة وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بها فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فافهم قوله: **(فإن أصحابنا ذكروا، إلى قوله: أخرجه من الحبس)** أقول: ممنوع فإنه يفهم مما ذكره أيضاً أنه إذا لم يظهر له قبل مضي المدة لا يخليه قال المصنف: **(ولا تقبل في رواية)** أقول: وهذا إذا كان أمره مشكلاً وإفلاسه غير ظاهر بين الناس وإلا فلا يحبس قوله: **(وهذا الكلام يعني المنع من ملازمة المديون)** أقول: لعل الصواب يعني عدم المنع كما لا يخفى.

رحمهم الله، قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه، وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى. وفي الجامع الصغير: رجل أقرّ عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه، فإن كان موسراً أبد حبسه، وإن كان معسراً خلى سبيله، ومراده إذا أقرّ عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أوّلاً ومدته قد بيناه فلا نعيده.

مال خلى سبيله، ولو طلب المديون يمين المدعي أنه ما يعلم أنه معسر حلف، فإن نكل أطلقه، ولو قبل الحبس وإن حلف أبد حبسه، ولا شك أن معناه ما لم تقم بينة على حدوث عسرته. قال أبو القاسم في كيفية شهادة الإعسار أن يقول: أشهد إنه مفلس لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سراً وعلانية، بخلاف ما إذا مضت المدة فسأل فإنه يكفي الواحد العدل في إخباره بالعسرة، والاثنان أحوط. ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الإسلام قوله: **(وفي الجامع الصغير: رجل أقرّ بدين عند القاضي فإنه يحبسه ثم يسأل عن حاله)** إنما ذكره لما في ظاهرة من المخالفة لما قدمه من قوله إذا ثبت الدين بالإقرار لا يحبسه في أول الوهلة، فإن هذا ظاهر في وصل الحبس بإقراره فذكره ليؤوّله بقوله **(ومراده إذا أقرّ عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا)** إلى القاضي فإنه يحبسه بمجرد جوابه أنه لم يعطه إلى الآن شيئاً قوله: **(ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع)** ويتحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وإن كان مقدار النفقة قليلاً كالدانق إذا رأى القاضي ذلك، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لأن العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإنفاق فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرفعته إلى القاضي يأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرفعته أوجعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضي ويحصل بذلك ضرر كبير قوله: **(ولا يحبس والد في دين ولده فإنه عقوبة)** ولا يستحق الوالد عقوبة لأجل الولد لأن التأفيف لما حرم كان الحبس حراماً لأنه فوقه، وكذا لا يحد له إذا قذفه ولا يقتص منه إذا قتله، أما إذا امتنع من الإنفاق عليه فإنه يحبس، وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الإنفاق أباً كان أو أماً أو جداً، لأن في ترك الإنفاق سعياً في هلاكهم، ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إلى إهلاك الولد **(ولأنه لا يتدارك لسقوطها)** أي لسقوط النفقة **(بمضي الزمان)** بخلاف الدين فإنه لا يسقط. وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لأن المولى لا يستوجب عليه ديناً، ولا المولى لعبده المأذون غير المديون لأن كسبه لمولاه فكيف يحبس له، فإن كان عليه دين حبس لأنه للغرماء في التحقيق، ويحبس مولى

معسراً خلى سبيله) وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في أول الفصل أن الحق إذا ثبت بالإقرار لا يحبسه أول وهلة فيحتاج إلى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله: **(ومراده)** أي مراد محمد **(إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته)** وهذه الرواية تصلح أن تكون معتمد شمس الأئمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل، أو يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل قوله: **(والحبس أولاً)** يعني أن المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولاً ومدته على ما بينا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج إلى ذكره لها فلا نعيده. قال: **(ويحبس الرجل في نفقة زوجته الخ)** إذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت إلى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع **(ولا يحبس والد في دين ولده لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص)** قال الله تعالى: ﴿ولا تقل لهما أف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة﴾ **(إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه لأن فيه إحياء ولده)** وفي تركه سعي في هلاكه. ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إتلاف مال الولد **(ولأن النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها)** وسائر الديون لم تسقط به فافترقا، وكذا لا يحبس المولى لعبده إذا لم يكن عليه دين، فإن كان حبس لأن ذلك لحق الغرماء، وكذا العبد لمولاه لأنه

قال: **(ويحبس الرجل في نفقة زوجته)** لأنه ظالم بالامتناع **(ولا يحبس والد في دين ولده)** لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص **(إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه)** لأن فيه إحياء لولده، ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضيّ الزمان، والله أعلم.

المكاتب للمكاتب إذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لأن في الجنس له حق أخذه. فإذا أخذ يلتقيان قصاصاً وفي غير جنسه لا تقع المقاصة. والمكاتب في أكسابه كالحرّ فله حق المطالبة فيحبس لمطله، أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لأنه بالامتناع لا يصير ظالماً، ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لأنه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية. وعن بعض مشايخنا هما سواء لأنه يتمكن من إسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون.

لا يستوجب عليه ديناً، وكذا الدين مكاتبه إذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة، وإذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة، والمكاتب في حق أكسابه بمنزلة الحرّ فيحبس المولى لأجله، وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من إسقاطه فلا يكون بالمنع ظالماً ويحبس في غيره لأنه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية. وقيل تجب التسوية بينهما لأنه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة، والله أعلم.

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قال: (**ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده**) للحاجة على ما نبين (**فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة**) لوجود الحجة (**وكتب بحكمه**) وهو المدعو سجلاً (**وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم**) لأن القضاء على الغائب لا يجوز (**وكتب بالشهادة**) ليحكم المكتوب إليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي،

باب كتاب القاضي إلى القاضي

هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة إلى الحبس، والعمل بكتاب القاضي إلى القاضي على خلاف القياس لأنه لا يزيد على إخباره بنفسه، والقاضي لو أخبر قاضي البلد الأخرى بأنه ثبت عنده ببينة قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لأن إخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابه أولى أن لا يعمل به، لكنه جاز بإجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس إلى ذلك، فإن الإنسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بأن كان في بلدين فجوّز إعانة على إيصال الحقوق لمستحقيها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فإن الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذاك لأن هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه إلى القاضي المرسل وأنه ختمه. وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان: «أنه عليه الصلاة والسلام كتب: أن ورّث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها»[1] رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه. لا يقال: لا نسلم مساس الحاجة إلى كتاب القاضي لأن الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الأصول ويؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج إليه لأنا نقول: في الشهادة

باب كتاب القاضي إلى القاضي

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاء أيضاً، إلا أن السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين، والواحد قبل الاثنين، والقياس يأبى جواز العمل به لأنه لا يكون أقوى من عبارته، ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب إليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم إلا أنه جوّز لحاجة الناس لما روي أن علياً رضي الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء. قال: (**ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق الخ**) يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرىء بها إذا شهد به بضم الشين عند المكتوب إليه للحاجة، وهو نوعان: المسمى سجلاً، والمسمى الكتاب الحكمي، وذلك لأن الشهود إما أن يشهدوا على خصم أو لا،

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قوله: (**ليحكم بها المكتوب إليه**) أقول: وما يفعله القضاة من إرسال المدعى عليه مع المدعي إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم فلعل مستندهم فيه ما سيجيء في هذا الكتاب والنهاية وغيرها في شرح قوله ولا يقضي القاضي على غائب قوله: (**وإلا فلا**) أقول: بأن كان مما اختلف فيه الفقهاء.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٩٢٧ والترمذي ١٤١٥ وابن ماجه ٢٦٤٢ والبيهقي ٨/ ٥٧ـ ١٣٤ وأحمد ٣/ ٤٥٢ من حديث سعيد بن المسيب قال: «كان عمر يقول: الدية على العاقلة، ولا ترث المرأة من دية زوجها حتى أخبره الضحاك بن سفيان. . .» فذكره.

وقال الترمذي: حسن صحيح. والعمل على هذا عند أهل العلم. ورواه مالك ٢/ ٨٦٦ ح ٩ عن الزهري مرسلاً بدون ذكر ابن المسيب.

تنبيه: وقد وهم الألباني في هذا الحديث حيث ذكره في الإرواء ٢٦٤٩ وقال: هذا مرسل لأن ابن المسيب في سماعه من عمر خلاف. وحديث الزهري الذي رواه مالك منقطع قلت: أما خبر الزهري فهو مرسل كما قال وهو لمالك.

وأما رواية أصحاب السنن من رواية الزهري عن ابن المسيب فهو متصل. وابن المسيب إنما سمعه من الضحاك بن سفيان لا من عمر كما توهم الألباني.

ويؤكد كون ابن المسيب رواه عن الضحاك هو ما ذكره ابن حجر في الإصابة ٤٦٦ حيث قال: روى ابن المسيب عنه حديث امرأة أشيم، وتوريثها من زوجها ا هـ. وجاء في الاستيعاب، وهو عندي بحاشية الإصابة في ٢/ ٢٠٨ في ترجمة الضحاك قال ابن عبد البر: روى عنه ابن المسيب، والحسن البصري ا هـ.

وهو نقل الشهادة في الحقيقة، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله تعالى، وجوازه لمساس الحاجة لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة. وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين، وهو يعرف بالوصف لا

على الشهادة يحتاج القاضي الثاني إلى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك في بلده، وبالكتاب يستغني عن ذلك لأنه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده قوله: **(ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق)** أي التي تثبت مع الشبهات، بخلاف الحدود والقصاص **(إذا شهد به)** أي بالكتاب **(عند القاضي)** المكتوب إليه على ما نبين من أن المشهود فيه ما هو عن قريب. ثم فصل فقال **(فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة)** يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلاً من جهة المدعى عليه أو مسخراً وهو من ينصبه القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الدعوى عليه، وإلا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة إلى الكتاب إلى القاضي الآخر، لأن الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه **(و)** إذا حكم **(كتب بحكمه)** إلى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقتضي منه الحق **(و)** هذا الكتاب المتضمن للحكم **(هو المدعو سجلاً)** في عرفهم **(وإذا شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم)** لأنه حينئذ قضاء على غائب **(و)** إنما **(يكتب بالشهادة إلى القاضي الآخر ليحكم)** هو **(بها وهذا هو الكتاب الحكمي))** في عرفهم نسبوه إلى الحكم باعتبار ما يؤول **(وهو في الحقيقة نقل الشهادة)** إلى ذلك القاضي، وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به. والفرق بين الكتابين أن السجلّ يلزم العمل به وإن كان المكتوب إليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه، والكتاب الحكمي لا يلزم إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به **(ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين، وهو يعرف بالوصف غير محتاج إلى الإشارة)** واستشكل بأن في دعوى النكاح لا بد من الإشارة إلى الرجل وإلى المرأة، وكذا في الأمانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الأعيان المدعى بها. وأجيب بأن المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه، وذلك لا يحتاج إلى الإشارة لأنها من الأفعال، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة إلى الرجل والمرأة إذ كل خصم، والإشارة إلى الخصم شرط. ولا يخفى ما فيه لأن الإشارة إذا لزمته بأيّ طريق كان ضمناً أو قصداً تتعذر على شهود القاضي الكاتب. فالحق أن الإشارة لا تلزم من الأصول إلى الخصم الغائب، بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة، فإذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر إن شاء الله تعالى. فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد **(ويقبل في العقار أيضاً)** إذا بين حدودها الأربع **(لأن التعريف يحصل به ولا يقبل في الأعيان المنقولة)** كالحمار والثوب والعبد **(للحاجة إلى الإشارة)** فيها **(وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة**

وتنكيره يشير إلى أنه ليس المدعى عليه إذ لو كان إياه لما احتيج إلى الكتاب، والكتاب لا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب، فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصماً، فإن كان الأول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً لأن السجل لا يكون إلا عند الحكم. وإن كان الثاني لم يحكم لأنه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز، وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب إليه وهو الكتاب الحكمي. والفرق بينهما أن الأول إذا وصل إلى المكتوب إليه ليس له إلا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به، وأما الثاني فإن وافقه نفذه وإلا فلا لعدم اتصال الحكم به، وقد يشير إلى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلوم الخمسة، وهي أن تكون من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم، وسنذكر ما عداها إن شاء الله قوله: **(وجوازه)** هو الموعود بقوله على ما نبين، وهو يشير إلى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم، فكما جوّز الشهادة على الشهادة لإحياء حقوق العباد فكذا جوّز الكتاب لذلك، ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان.

قوله: **(وأجيب بأن الإشارة إلى الخصم شرط)** أقول: إذا كان شرطاً ينبغي أن لا يجوز بدونه قلنا: جواز الاستحسان على خلاف القياس.

يحتاج فيه إلى الإشارة، ويقبل في العقار أيضاً لأن التعريف فيه بالتحديد، ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها. وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط

الإباق في العبد) لأنه يخدم خارج البيت فإباقه متيسر فلمساس الحاجة فيه جوّزه، بخلاف الأمة لأنها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره له **(وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل)** من الدواب والثياب والإماء **(وعليه المتأخرون)** ونص الإسبيجابي على أن الفتوى عليه، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول، فإن المانع منه ما كان إلا الحاجة إلى الإشارة في الأعيان وهي غائبة في بلد المكتوب إليه، ولا شك أن في الدين أيضاً لا بد من الإشارة إلى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته في الإثبات عليه، وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه، وما ذاك إلا لأن عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الإشارة والتعيين، ويتبين ذلك بإيراد الصور، فصورة الدين إذا شهدوا على فلان ابن فلان بن فلان الفلاني أن يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا

وقوله: **(يعني القدوري)** في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة **(والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين)** والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان في منزلته قوله: **(وهو يعرف)** أي الدين **(يعرف بالوصف)** يشير إلى ثلاثة أشياء: إلى أن الدين إنما يجوز فيه الكتاب لأنه يعرف بالوصف لا يحتاج إلى الإشارة، وإلى أن ما يحتاج فيه إلى الإشارة لا يجوز فيه الكتاب، وإلى أن الأمور المذكورة بمنزلة الدين في أنها تعرف بالوصف لا تحتاج إلى الإشارة. واعترض بأن ما سوى الدين يحتاج إليها فإن الشاهد يحتاج إلى الإشارة إلى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان، وكتاب القاضي إلى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية. وأجيب بأن الإشارة إلى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به إنما هو نفس النكاح والأمانة وغير ذلك مما هو من الأفعال؛ ألا ترى أن الإشارة إلى الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالإجماع **(ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في العقار أيضاً لأن التعريف فيه بالتحديد)** وذلك لا يحتاج إلى الإشارة **(ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إليها)** عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري **(واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الإماء لغلبة الإباق في العبد دون الأمة)** فإن العبد يخدم خارج البيت غالباً فيقدر على الإباق فتمس الحاجة إلى الكتاب بخلاف الأمة فإنها تخدم داخل البيت غالباً **(وعنه)** أي عن أبي يوسف **(أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها)** يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح أدب القاضي. وصفة ذلك بخاريّ أبق عبد له إلى سمرقند مثلاً فأخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضي بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب إلى ذلك ويكتب: شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما إلى سمرقند، فإذا انتهى إلى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد إلى المدعي ولا يقضي له به، لأن شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلاً من المدعي بنفس العبد ويجعل في عتق العبد خاتماً من رصاص كي لا يتهم المدعي بالسرقة، ويكتب كتاباً إلى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب، فإذا وصل إلى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعي بإعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه حقه وملكه، فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيله. وفي رواية عن أبي يوسف أن قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد لأن الخصم غائب، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضي له بحضرة المدعى عليه، فإذا وصل الكتاب إليه يفعل ذلك ويبرىء الكفيل، وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبيد غير أن القاضي لا يدفع الجارية إلى المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعماً أنها ملكه، ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا: هذا استحسان فيه بعض قبح، فإنه إذا دفع إليه العبد يستخدمه قهراً ويستعمله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لأن الحلية والصفة تشتبهان فإن المختلفين قد يتفقان في الحلي والصفات فالأخذ بالقياس أولى **(وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحوّل وعليه المتأخرون)** وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي في قول.

تعرف في موضعها. وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحوّل وعليه المتأخرون.

سلام عليك فإني أحمد إليك الله الذي لا إله إلا هو. أما بعد: فإن رجلاً أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر أن له حقاً على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد يقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سنذكر، وسألني أن أسمع بينته وأكتب إليك بما يستقرّ عندي من ذلك، فسألته البينة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهماً ديناً حالاً، وسألني أن أحلفه بالله ما قبض منها شيئاً ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها وحلفته فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وأنها له عليه فسألني أن أكتب له كتاباً إليك بما استقرّ عندي من ذلك فكتبت إليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهود أنه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود. قال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه، فإن ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه إلى المدعي، فإذا أتى به المدعي إلى القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي إليه سأله البينة على كتاب القاضي، ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم، فإذا أحضره وأقرّ أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه، فإن أنكر القاضي الذي ذكر، فيقول لهم: أقرأ عليكم ما فيه، فإذا قالوا قرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه وختمه فإذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم، فإذا عدلوا لا يفكه أيضاً حتى يحضر الخصم، فإذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه، فإن أقرّ ألزمه إياه، وإن أنكر قال ألك حجة وإلا قضيت عليك، فإن لم يكن له حجة قضى عليه، وإن كانت له حجة قبلها، وإن قال لست أنا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر، قال له هات بينة أن في هذه الصناعة أو القبيلة رجلاً ينتسب بمثل ما تنتسب إليه وإلا ألزمتك ما شهد به الشهود، فإن جاء ببينة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب إليه أبطل الكتاب، وإن لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى. فقد علمت أن التعيين الذي هو المقصود بالإشارة يحصل بآخره الأمر قبل القضاء عليه، وفي هذه الصورة مواضع وإن كانت ظاهرة ننبه عليها: منها قوله في شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحليهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها، وقالوا لو كتب وأقام بشهوداً عدولاً عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم، وعندي لا بد أن يقول أحرار عدول إذا لم يسمهم. والذي يظهر من كلام محمد وغيره أنه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلاه وحرفته إن تاجرا فتاجر أو مزارعاً فمزارع، والمقصود تتميم تعريف الشهود، ثم يذكر أنه عرفهم بالعدالة أو عدلوا لأن الخصم إذا أحضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن إن كان، وإلا فيقول سموهم لي فإني قد يكون لي فيهم مطعن. ومنها قوله إلى فلان قاضي كورة كذا إنما يصح إذا كان القاضي واحداً فإن كان لها قاضيان لا يصح. ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قولهما وعنده لا بد من ذكر الجد، وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وإن ذكر اسمه ولم يذكر اسم الأب لكن نسبه إلى قبيلته أو فخذه فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفاً بالاتفاق وإن كان مشهوراً لا يحتاج إلى هذا. وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعي أنه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لأن بين العلماء اختلافاً في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي، فجماعة من مشايخنا قالوا: لا يجوز فيما دون مسافة القصر، وبه قال الشافعي وأحمد في وجه. وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيما دون مسافة القصر، وقال بعض المتأخرين: هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك، والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة. ومنها ختم الشهود ليس بلازم بل هو أوثق كما

. . . .

قال: **(ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين)** لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة، بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لأنه ليس بملزم، وبخلاف رسول

قال. ومنها قوله وعدلوا ظاهر في أنه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر، وإن كانت داراً قال وادعى أن له داراً في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام. ولو ذكروا ثلاثة حدود كفى استحساناً خلافاً لزفر، ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب. وصورة كتاب العبد الآبق من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي، وقد أبق إلى الإسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين إلى الإسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر، فإذا وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد إلى المدعي من غير أن يقضي له به لأن الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلاً بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتماً من القاضي في كتف العبد ولا حاجة إلى هذا إلا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته، فإذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتاباً إلى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف، فإذا وصل الكتاب إليه فعل ما يفعل المكتوب إليه، ثم يأمر المدعي أن يحضر شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه ملكه، فإذا شهدوا قضى له به وكتب إلى قاضي الإسكندرية بما ثبت عنده ليبرىء كفيله. وفي بعض الروايات أن قاضي مصر لا يقضي بالعبد للمدعي لأن الخصم غائب، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي الإسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه إليه ليقضي به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرىء الكفيل. وصورته في الجواري كما في العبد، إلا أن القاضي المكتوب إليه لا يدفع الجارية إلى المدعي بل يبعثها على يد أمين لاحتمال أنه إذا أرسلها مع المدعي يطؤها لاعتماده أنها ملكه. قال في المبسوط: ولكن أبو حنيفة ومحمد قالا: هذا فيه بعض القبح، فإنه إذا دفع العبد يستخدمه قهراً ويستغله، فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره، ولا يخفى أن ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه، وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والأئمة الثلاثة، وإذا عرفت هذا فالزوجة المدعى باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب إليه لا بد أن تجعل من قبيل الأمة فيجري فيها ما يجري فيها لأنه يبعد أن تجري مجرى الديون، لأنها إذا قالت لست أنا فلانة المشهود على أنها زوجة المدعي المذكور ولم تقدر على بينة أن في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع إلى المدعي يطؤها قوله: **(ولا يقبل الكتاب)** أي لا يقبل المكتوب إليه الكتاب **(إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين)** على أنه كتاب القاضي فلان الكاتب وأنه ختمه وإن فيه كذا وكذا، ولا بد من إسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب القاضي المسلمين، ولو كان الكتاب الذمي على ذمي لأنهم يشهدون على فعل المسلم، وهذا لأن قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة إذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصاً الأنكحة والوصايا، وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه، ولم يشرط الشعبي الشهادة عليه، وكذا الحسن أسند الخصاف إلى عمرو بن أبي زائدة أو عمير قال: جئت بكتاب من قاضي الكوفة إلى إياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي إليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة، فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا

قال: **(ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين الخ)** لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي إلا بحجة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، أما اشتراط الحجة فلأنه ملزم ولا إلزام بدونها، وأما قبول رجل وامرأتين فلأنه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما

قال المصنف: **(ولا يقبل الكتاب)** أقول: أي لا يعمل به لا أنه لا يأخذه ليخالف ما سيجيء من قوله فإذا سلمه.

القاضي إلى المزكي ورسوله إلى القاضي لأن الإلزام بالشهادة لا بالتزكية.

الكتاب إلى زياد فقل له أرسل إلى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها إلى هذا، وبه قال أبو ثور والإصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية، فالشرط عندهم أن يكون المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياساً على كتاب الاستئمان، وعلى رسول القاضي إلى المزكى ورسول المزكى إلى القاضي. قلنا: الفرق أن هذا نقل ملزم، إذ يجب على القاضي المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به، ولا بد للملزم من الحجة وهي البينة، بخلاف كتاب أهل الحرب فإنه ليس ملزماً إذ للإمام أن يعطيهم ما طلبوه، وله أن لا. وأما الرسول فلأن التزكية ليست ملزمة، وإنما الملزم هو البينة. وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلأن غاية رسوله أن يكون كنفسه، وقدمنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله، وكان القياس في كتابه كذلك إلا أنه أجيز بإجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه. فإن قلت: فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب إلا إلى قاض آخر غيره؟ فالجواب يجوز أن يكون قال إلى إياس القاضي بالبصرة وإلى كل قاض يراه من قضاة المسلمين، فإنه إذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع إليه أن يعمل به بلا خلاف، بخلاف ما لو كتب من الأول إلى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فإنه لا يجوز العمل به لأحد من القضاة، وأجازه أبو يوسف أيضاً قال في الخلاصة: وعليه عمل الناس اليوم.

[فرع] يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لأنه يثبت مع الشبهات. ولو كتب القاضي إلى الأمير الذي ولاه أصلح الله الأمير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الأمير، ففي الفتاوى لا يقبل لأن إيجاب العمل بالبينة، ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه. وفي الاستحسان: يجوز للأمير أن يمضيه لأنه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة إلى الأمير ليخبره، ولأنه لو أرسل إليه بذلك رسولاً ثقة

يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق، وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي إلى القاضي بغير بينة قياساً على كتاب أهل الحرب. وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان: يعني إذا جاء من ملك أهل الحرب في طلب الأمان فإنه مقبول بغير بينة، حتى لو أمّنه الإمام صح لأنه ليس بملزم، فإن للإمام رأياً في الأمان وتركه، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي وعكسه فإنه يقبل بغير بينة لأن الإلزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة، ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح، وقوله وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي قيل قد يشير إلى رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلاً في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها، والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فإنه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو اتحادهما في عدمه، لأن القياس يأبى جوازهما، وفرق بينهما بوجهين: أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب وإجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس. والثاني أن الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة، وأما الرسول فقائم مقام الرسل، والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض، وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا. قال: **(ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ)** شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود، ولهذا يجب أن يقرأ الكاتب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنهم إن لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة، قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ ويختمه بحضرتهم ويسلمه إلى الشهود كي لا يتوهم التغيير إذا كان بغير ختم أو بيد الخصم وهذا

قوله: **(ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة الخ)** أقول: في هذا التنوير بحث فإن صحة القضاء أمر والإلزام أمر آخر لتحقق الأول بدون الثاني. وجوابه أن صحة الحكم قبل التزكية إذا كانت بالشهادة والإلتزام بعدها فيكون بها أيضاً قوله: **(قيل قد يشير الخ)** أقول: في وجه الإشارة خفاء لا يخفى قوله: **(في حق لزوم القضاء عليه ببينة)** أقول: على كونه رسول القاضي.

قال: **(ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به)** لأنه لا شهادة بدون العلم **(ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم)** كي لا يتوهم التغيير، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط، وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع إليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم.

وقال أبو يوسف رحمه الله آخراً: شيء من ذلك ليس بشرط، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة. واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله.

كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به، فكذا إذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر إلى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب القاضي إلى القاضي قوله: **(ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم)** شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها. والحاصل إن شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من أن يقرؤه عليهم أو يعلمهم ما فيه: أي بإخباره لأنه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كما لو شهدوا بأن هذا الصكّ مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية. ومن أن يشهدوا أنه ختمه وذلك بأن يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، ولا بد أن يكون الكتاب معنوناً: أي مكتوباً فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب إليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن، فإن لم يوجد وكان معنوناً في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير، وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فإنه لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله آخراً: **(شيء من ذلك ليس بشرط، فالشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه)** بعد ما كان أوّلاً يقول كقول أبي حنيفة **(وعن أبي يوسف أيضاً أن الختم ليس بشرط أيضاً رخص في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة، وهذا اختيار شمس الأمة السرخسي)** ولا شك عندي في صحته فإن الفرض إذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم أنه كتابه، نعم إذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير إلا أن يشهدوا بما فيه حفظاً، فالوجه إن كان الكتاب مع الشهود أن لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم، بل تكفي شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم، وإن كان مع المدعي اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ، فلو لم يكتب لا يقبل، وذلك لينظر هل هو كان قاضياً في ذلك الوقت أو لا، وكذا إن شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوباً لا تقبل. وفي خزانة الفقه:

قولهما. وقال أبو يوسف: إنه يدفع الكتاب إلى الطالب وهو المدعي ويدفع إليهم كتاباً آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم، فإن فات شيء من الأمور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما. وقال أبو يوسف آخراً: شيء من ذلك ليس بشرط، بل إذا أشهدهم أن هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب إليه كان كافياً. وعنه أن الختم ليس بشرط أيضاً سهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء، وإنما قال آخراً لأن قوله الأول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيراً على الناس. قال: **(وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم الخ)** لما فرغ من بيان الأحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الأحكام المتعلقة بجانب المكتوب إليه، فإذا وصل الكتاب إليه لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأن ذلك بمنزلة أداء الشهادة، وذلك لا يكون إلا بمحضر الخصم، فكذلك

قال المصنف: **(ويسلمه إليهم)** أقول: قال في النهاية: أي إلى الشهود وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعي وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة، وعلى قول أبي حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود، كذا وجدت بخط شيخي انتهى. ثم قال: وأجمعوا في الصك أن الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسألة فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك اهـ.

قال: **(وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم)** لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره، بخلاف سماع القاضي الكاتب لأنه للنقل لا للحكم.

يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين، ومن قاضي مصر إلى قاضي رستاق، ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر انتهى. والذي ينبغي أن بعد عدالة شهود الأصل والكتاب لا فرق، ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعليّ بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان. ولا تجوز في سائر الروايات لأن الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتر بها فلا يعلم المكتوب إليه أن المكنى هو الذي اشتهر بها أو غيره، بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا فإنه في الغالب يكون واحداً فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل الولاية، ولم يشترط أبو يوسف العنوان أيضاً بل إذا لم يكن معنوناً وكان مختوماً وشهدوا بالختم كفى قوله: **(وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بمحضر من الخصم)** وفي بعض النسخ: لم يفتك إلا بمحضر من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم، والمراد أنه لا يقرؤه إلا بحضوره لا مجرد قبوله فإنه لا يتعلق به حكم، وترتيب الحال أنه إذا وصل المدعي إلى القاضي جمع بينه وبين خصمه، فإن اعترف استغنى عن الكتاب، وإن أنكر قال له هل لك حجة، فإن قال معي كتاب القاضي إليك طالبه بالبينة عليه، فإذا حضروا أحضر خصمه إن لم يكن حاضراً فيشهدون بحضرته أنه كتاب القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افتكه وقرأ عليه، وإنما لم يقرأه إلا بحضوره **(لأنه)** أي الكتاب في المعنى **(بمنزلة الشهادة)** على الشهادة لأن القاضي ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى المكتوب إليه كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته **(بخلاف القاضي الكاتب)** فإنه يسمع من الأصول الشهادة وإن كان الخصم المدعى عليه غائباً **(لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل)** فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الأصل، وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا،

هذا، بخلاف سماع القاضي الكاتب فإنه جاز بغيبة الخصم لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزاً وإن كان بغيبته. وقال في شرح الأقطع: وقال أبو يوسف: يقبله من غير حضور الخصم لأن الكتاب يختص بالمكتوب إليه فكان له أن يقبله، والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به. قال: **(فإذا سلمه الشهود إليه الخ)** إذا سلم الشهود الكتاب إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أنه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر أنه لم يشترط شيئاً من ذلك، ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فإذا شهدوا وعدلوا. قال المصنف: والصحيح أنه يفضّ الكتاب: أي يفتحه بعد العدالة؛ كذا ذكره الخصاف لأنه إذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي إلى أن يزيد في شهوده، وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه، فأما إذا فكّ الخاتم فلا يمكنهم ذلك، وهذا يرى أنه دور ظاهر، فإن المدعي إنما يحتاج إلى زيادة الشهود إذا كانت العدالة شرطاً ولم تظهر، فأما إذا لم تكن شرطاً فكما أدوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج إلى زيادة شهود.

قال المصنف: **(وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم)** أقول: وفي المحيط: لو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز، ولو سمع البينة على أن هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز، فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اهـ. وفيه أيضاً الأولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم وإن فتح بغير محضر منه جاز اهـ قوله: **(لما فرع، إلى قوله: بجانب المكتوب إليه)** أقول: وأنت خبير أن قوله ولا يقبل الكتاب إلا الخ من الأحكام المعلقة بالمكتوب إليه. وجوابه أن قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكتاب قوله: **(فأما إذا لم يكن شرطاً)** أقول: كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سيجيء في الشهادة قوله: **(وقد استدل على ذلك)** أقول: قوله وقد استدل: أي بوجه آخر، وقوله على ذلك: أي على اشتراط العدالة قوله: **(بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ)** أقول: لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الأوسط فإن الباء في الصغرى للملابسة وفي الكبرى للسببية. وأيضاً للقائل الاشتراط منع الكبرى فليتأمل قوله: **(وفيه نظر الخ)** أقول: فيه تأمل.

قال: (**فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه**) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر، ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح، والصحيح أنه يفضّ الكتاب بعد ثبوت العدالة، كذا ذكره الخصاف رحمه الله لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم، وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء، حتى لو مات أو عزل

وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد، وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة أنه كتابه وختمه (**ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة**) في شهود الكتاب (**للفتح**) حيث قال فإذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا. قال المصنف (**والصحيح أنه يفضّ الكتاب بعد ثبوت العدالة، ذكره الخصاف**) واحترز به عما ذكر في المعنى فإنه قال فيه: وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة، ثم قال: ما ذكر محمد أصح: أي تجويز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه. ووجهه المصنف بما ذكره الخصاف من أنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود بأن ارتاب في هؤلاء فيقول زدني شهوداً، ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين إلا حال قيام الختم.

[فرع] لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي إلى قاضي بلده فهرب إلى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي، فكما جوّزنا للأول الكتابة نجوّز للثاني والثالث وهلم جراً للحاجة. ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب، بل يعيد المدعي شهادتهم لأن سماعه الأول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وإنما يستفيدها لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم (**وإنما يقبله المكتوب إليه**) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به، وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه إلى أن يمضي أمر الكتاب، فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل إلى المكتوب إليه أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو عمى، قالوا أو فسق، وإنما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب قال أبو يوسف والشافعي: يعمل به، وبه قال أحمد لأن كتاب القاضي إلى القاضي كالشهادة على الشهادة، لأنه ينقل به

والجواب أنا لا نسلم أنه يحتاج إلى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج إليها إذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن، وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب، وفيه نظر لأن فك الخاتم عمل للكتاب لا به، ولعل الأصح ما قاله محمد رحمه الله من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود، كذا نقله الصدر الشهيد في المغني. والمكتوب إليه إنما يقبل الكتاب إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو إغماء أو فسق إذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب. وقال أبو يوسف في الأمالي: يعمل به، وهو قول الشافعي رحمهما الله، لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لأنه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق إلى المكتوب إليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء وأنه لا يمنع القضاء. ولنا القول بالموجب وهو أن الكاتب وإن كان ناقلاً إلا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح إلا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة، ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة، وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لأن تمامه بوجوب القضاء على المكتوب إليه، ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله إليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الأقضية إذا مات القاضي قبل إتمامها. واستدل المصنف بقوله لأنه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل إخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير عملهما، وهذا ظاهر فيما إذا عزل، أما في الموت أو في الخروج عن الأهلية فليس بظاهر لأن الميت والمجنون لا يلتحقان بواحد من الرعايا. ويمكن أن يقال: يعلم ذلك بالأولى، وذلك لأنه إذا كان حياً وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة، فلأن لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الأهلية أولى، وكذا لو مات المكتوب إليه بطل كتابه. وقال الشافعي: يعمل به من كان قائماً مقامه في القضاء كما لو قال

أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لأنه التحق بواحد من الرعايا، ولهذا لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله أو في غير عملهما، وكذا لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعاً له وهو معرّف، بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل

شهادة الذين شهدوا عنده إلى المكتوب إليه، والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الأصل بعد أداء الفرع فإنه لا يمنع القضاء. وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه، لأن هذا النقل بمنزلة القضاء، ولهذا لا يصح إلا من القاضي فلا يتم إلا بوجوب القضاء ولا يجب إلا بقراءته؛ وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله، لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب عليه شيئاً فقول المصنف **(التحق بواحد من الرعايا)** يعني قبل تمام القضاء **(ولهذا لا يقبل إخباره قاضياً آخر)** غير المكتوب إليه **(في غير عمله أو غير عملهما)** ولو كان على قضائه لأنه بالنسبة إلى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالإجماع، ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب إليه، هكذا ذكر في ظاهر الرواية **(وكذا لو مات المكتوب إليه)** أو عزل وولي غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا **(إلا إذا)** كان **(كتب إلى فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعاً له)** وقد قدمنا ما هنا، وقال الشافعي وأحمد: يعمل به لأن المعوّل عليه شهادة الشهود على ما تحملوه، ومن تحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كما لو كتب وإلى كل قاض وصل إليه. وأجيب بأن الكاتب لما خص الأول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وأمانته، والقضاة متفاوتون في أداء الأمانة فصح التعيين، بخلاف ما إذا أردفه بقوله وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكأنّ الكل مكتوب إليهم معينين. أما لو كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقدمنا أنه أجازه أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة، والظاهر أن محمداً مع أبي حنيفة. والوجه قول أبي يوسف لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجماع والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء **(ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه)** سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه قوله: **(ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص)** وهو قول الشافعي. وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لأن الاعتماد على الشهود وقد شهدوا. قلنا **(لأن فيه)** أي في كتاب القاضي **(شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة)** لا يقام بها الحد لأن مبنى الحدود والقصاص على الإسقاط بالشبهات **(وفي قبول الكتاب سعي)** واحتياط **(في إثباتهما)** وعرف من تقريرنا أن المعني على عدم الواو في قوله ولأن مبناهما الخ. والله أعلم. واعلم أنك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها. في رجل وامرأة ادّعيا ولداً وقالا هو معروف النسب منا هو في يد فلان استرقه في بلدة كذا وطلبا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد، وإن ادّعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لأنه دعوى النسب مجرداً فكان كدعوى الدين، بخلاف المسألة الأولى لأنه يريد دفع الرق فهو كدعوى أنه عبدي.

[فرع] هل يكتب القاضي بعلمه؟ في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه، والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع، كذا قال بعضهم. ولو أقام شاهداً واحداً عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتاباً إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الأجل ليطالبه إذا

وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين. ولنا أن القاضي الكاتب اعتمد على علم الأول وأمانته، والقضاة يتفاوتون في أداء الأمانة، فصاروا كالأمناء في الأموال، وهناك قد لا يعتمد على كل أحد، فكذا ههنا إلا إذا صرح باعتماده على الكل بعد

إليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لأنه غير معرّف، ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه **(ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص)** لأن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة، ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما.

حل هناك، ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به؛ فعند محمد يكتب، وعند أبي يوسف لا يكتب. وأجمعوا أنه لو قال: جحدني الاستيفاء أو الإبراء مرة يكتب، وكذا إذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب؟ هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد، وكذا امرأة ادّعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضاً. ولو قالت طلقني ثلاثاً وانقضت ادّعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضاً. ولو قالت طلقني ثلاثاً وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضي سله حتى إذا أنكر أقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف، والقياس في الكل سواء وهذا احتياط.

تعريف واحد منهم بقوله إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، لأنه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم إلى معلوم ثم صير غيره تبعاً له، بخلاف ما إذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين فإنه لا يصح عند أبي حنيفة. وقيل الظاهر أن محمداً معه لأنه من معلوم إلى مجهول، والعلم فيه شرط كما مر وهو ردّ لقول أبي يوسف في جوازه، فإنه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيراً تسهيلاً للأمر على الناس **(ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه)** سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده **(ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص)** وقال الشافعي في قول: يقبل لأن الاعتماد على الشهود **(ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة)** وهي غير مقبولة فيهما **(ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما)**.

قال المصنف: **(بخلاف ما إذا كتب ابتداء الخ)** أقول: قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ. وأجازه أبو يوسف أيضاً قال في الخلاصة: وعليه عمل الناس اليوم اهـ.

فصل آخر

(ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) اعتباراً بشهادتها وقد مرّ الوجه **(وليس للقاضي**

فصل آخر

قوله: **(ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص)** وقال الأئمة الثلاثة: لا يجوز لأن المرأة ناقصة العقل ليست أهلاً للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم، قال ﷺ: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»[1] رواه البخاري. قال المصنف **(وقد مرّ الوجه)** يعني وجه جواز قضائها، وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية. وقيل هو قوله قبل لأن فيه شبهة البدلية، ولا يخفى أن هذا إنما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص، والأحسن أن يجعل كلاً منهما، والمصنف لم ينصب الخلاف ليحتاج إلى الجواب عن الدليل المذكور. والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضي وعدم حله، والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقاً لدين الله أكان ينفذ أم لا؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعاً سلب أهليتها، وليس في الشرع سوى نقصان عقلها، ومعلوم أنه لم يصل إلى حدّ سلب ولايتها بالكلية؛ ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والإضافة، ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافه؛ ألا ترى إلى تصريحهم بصدق قولنا: الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خير من بعض أفراد الرجال، ولذلك النقص الغريزي نسب ﷺ لمن بوليهن عدم الفلاح[2]، فكان الحديث متعرضاً للمولين ولهن بنقص الحال، وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت

فصل آخر

قال في النهاية: قد ذكرنا أن كتاب القاضي إذا كان سجلاً اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب إليه إمضاؤه إذا كان في محل مجتهد فيه، بخلاف الكتاب الحكمي فإن الرأي له في التنفيذ والرد، فلذلك احتاج إلى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر أصل يجمعها، وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به، وهذا يدل على أن الفصل من تتمة كتاب القاضي إلى القاضي، لكن قوله آخر ينافي ذلك لأنه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر. والأولى أن يجعل هذا فصلاً آخر في أدب القاضي، فإنه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر. قال: **(ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص الخ)** قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها، وقد مرّ الوجه: أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلاً للقضاء وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل للقضاء في غيرهما. وقيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما، وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها **(وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء)** بعذر وبغيره **(إلا أن يفوض إليه ذلك لأنه قلد القضاء دون التقليد به)**

فصل آخر

قوله: **(والأولى أن يجعل هذا فصلاً آخر، إلى قوله: وهذا فصل آخر)** أقول: نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي، لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضي إلى القاضي بدون أن يورده عقيب الفصل الأول يحتاج إلى سبب، وذلك ما قاله صاحب النهاية.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٤٢٥ و ٧٠٩٩ والترمذي ٢٢٦٢ والنسائي ٨/ ٢٢٧ والطيالسي ٨٧٨ وأحمد ٥/ ٣٨. ٤٧. ٥١ والبغوي ٢٤٨٦ والقضاعي في الشهاب ٨٦٤ و ٨٦٥ والبيهقي ٣/ ٩٠ و ١٠/ ١١٧ ـ ١١٨ والحاكم ٣/ ١١٨ ـ ١١٩ و ٤/ ٢٩١ من طرق كلهم من حديث أبي بكر واللفظ للبخاري وغيره.

ورواية الطيالسي: لن يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة.

(٢) هو المتقدم.

أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوّض إليه ذلك) لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذناً بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء. ولو قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة، وهذا لأنه حضره رأي

بالحق لماذا يبطل ذلك الحق قوله: **(وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء)** في صحة ولا مرض **(إلا أن يفوض ذلك إليه)** فيملكه كما أنه إذا صرح فيه بالمنع يمتنع منه وهذا **(لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل)** ليس له أن يوكل **(بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث)** جاز له أن **(يستخلف)** لأنه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا إلى خلف، ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض فكان المولى له آذناً في استخلافة دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة، أما إذا لم يكن سمعها فلا لأنها من شرائط افتتاح الجمعة، بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لأن المأمور هناك بان وليس بمفتتح، والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الأصل، ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وإن لم يشهد الخطبة لأن شروعه فيها صحيح، وبهذا الشروع التحق ومن شهد الخطبة حكماً، وبخلاف المستعير فإن له أن يعير بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها، بخلاف ولاية القضاء فإنما هي إذن في أن يعمل لغيره، وهذا ما قالوا: من قام مقام غيره لغيره لا يكون له إقامة غيره مقام نفسه، ومن قام مقام غيره لنفسه كان له، وبخلاف الوصي يملك الإيصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضاً لأن ثبوتها بعد الموت، وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه إلى رأيه فتضمن الإيصاء الإذن بالاستخلاف. وقوله: **(ولو قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى)** بغيبته فبلغه **(فأجاز جاز كما في الوكالة)** إذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته أو بغيبته فأجازه نفذ **(لأنه حضره رأي الأول وهو الشرط)** فإنه المقصود بتوكيله، وتحقيق حاله أنه فضولي ابتداء وكيل انتهاء، ولا يمتنع إذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصاً وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء أو هو كونه ليس مما حضره رأيه **(وإذا فوّض إليه)** الاستخلاف **(يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصيل)** يعني السلطان **(حتى لا يملك الأول عزله)** إلا إذا كان المقلد قال له ولّ من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله، أو قال جعلتك قاضي القضاة فإن قاضي القضاة

أي بالقضاء **(فصار كالوكيل)** لا يجوز له التوكيل إلا إذا فوّض إليه ذلك **(بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث)** يجوز له أن **(يستخلف لأن أداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته)** بوقت يفوت الأداء بانقضائه **(فكان الأمر به من الخليفة إذناً له بالاستخلاف دلالة)** لكن إنما يجوز إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لأنها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لأن المستخلف بان لا مفتتح. واعترض بمن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه جائز، وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة. وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للأول التحق بمن شهد الخطبة. وأرى أن إلحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلاة أولى فتأمل. قوله: **(ولا كذلك القضاء)** أي ليس القضاء كالجمعة لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر، فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء **(فلو)** فرضنا أنه استخلف و **(قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى الثاني)** عند غيبة الأول **(فأجازه الأول جاز)** إذا كان من أهل القضاء **(كما في الوكالة)** فإن الوكيل إذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الأول أو أجازه الأول جاز. وقوله: **(لأنه حضره رأي الأول)** يصح دليلاً للمسألتين، أما في هذه المسألة فلأن الخليفة رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله، والحكم الذي حضره القاضي أو أجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضياً به، وأما في الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة قيل الإذن في الابتداء كالإجازة في

قوله: **(وقيل أراد به الخ)** أقول: القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف: **(بخلاف المأمور بإقامة الجمعة)** أقول: قال في الكافي مطلقاً اهـ. أي مطلقا عن الإذن بالاستخلاف.

الأول وهو الشرط، وإذا فوّض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصيل حتى لا يملكة الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح.

هو الذي يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً، وفيه خلاف الشافعي وأحمد قوله: **(وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة)** المشهورة **(أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه)** وفي بعض نسخ القدوري: أو يكون قولاً الخ **(وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)** قالوا: إنما أعاده لأن في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري: إحداهما تقييده بالفقهاء، أفاد أنه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ. قال شمس الأئمة: وهو ظاهر المذهب وعليه الأكثر. والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك، فإن القدوري لم يتعرض لهذا فيحتمل أن يكون مراده أنه إذا كان رأيه في ذلك موافقاً لحكم الأول أمضاه، وإن كان مخالفاً له لا يمضيه، فأبانت رواية الجامع أن الإمضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفاً لرأيه أو موافقاً: يعني بالطريق الأولى، ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف، وإنما مفاده أن ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الأمر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه، أو غير عالم فإنه أعم من كونه عالماً، ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثاني عالم بالخلاف، وليس الكلام فيه فإن هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الأول الذي ينفذ هذا الآخر حكمه، وليس فيه دليل على أنه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة. نعم في الجامع التنصيص على

الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه. وأجيب بالمنع فإن البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذي أذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي وكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيداً به قوله: **(وإذا فوّض إليه يملكه)** أي إذا قال الخليفة للقاضي ولّ من شئت كان له أن يولي غيره **(فيصير الثاني نائباً عن الأصيل حتى لا يملك الأول عزله)** لأنه صار قاضياً من جهة الخليفة فلا يملك الأول عزله إلا أن يقول واستبدل من شئت فيملك الأول عزله، وهذا بناء على أن أمر القاضي لا يتعدى إلى غير ما فوّض إليه، فإذا قال الخليفة ولّ من شئت واقتصر على ذلك كان أمراً له بالتولية، والعزل خلافه، وإذا أضاف إلى ذلك واستبدل من شئت كان أمراً له بهما فكانا له، فإذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان إذناً بالاستخلاف والعزل دلالة لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليداً وعزلاً، كذا في الذخيرة. قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فإن كلاً منهما مفوّض إليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض إلى غيره توكيلاً وإيصاء؟ وأجيب بأن أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت، وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع إلى الموصي فيكون الموصي له راضياً باستعانته بغيره، ولا كذلك القضاء. وقيل القاضي يملك التوكيل والإيصاء ولا يملك التقليد، والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما. وأجيب بأن المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء أكثر. قال: **(وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه الخ)** إذا تقدم رجل إلى قاض وقال حكم عليّ فلان القاضي بكذا وكذا نفذه إن لم يكن مخالفاً للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمداً فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ أو السنة: أي المشهورة كالحكم بحلّ المطلقة ثلاثاً للزوج الأول بمجرد النكاح بدون إصابة الزوج الثاني، فإن اشتراط

قوله: **(وأن الحكم الذي الخ)** أقول: التعويل على الجواب الثاني.

قوله: **(فيكون الموصى له راضياً)** أقول: كي لا تفوت مصالحه قوله: **(وقيل القاضي يملك الخ)** أقول: المذكور في الفتاوى أن القاضي لا يملك نصب الوصي إذا لم يكن ذلك مكتوباً في منشورة فلا يحتاج إلى الفرق قوله: **(والتعليل المذكور الخ)** أقول: يعني قوله لأنه قلد القضاء دون التقليد قوله: **(وهو تعليل للاستثناء)** أقول: فيه بحث، بل هو احتراز عن الأحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الإجماع، لكنها مستندة إلى دليل قوي من تلك الثلاثة أيضاً. قال في الكافي: بأن يكون قولاً لا دليل عليه أي لا دليل يعتمد عليه ا هـ فتأمل قوله: **(إذا لم يعلم الخ)** أقول: أنت خبير بأنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف، إنما مفاده أن ما اختلف الفقهاء فيه في نفس الأمر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه أو لا، فإنه أعم من كونه عالماً. نعم ربما يفيد كون الثاني عالماً بالخلاف وليس الكلام فيه بل في القاضي الأول فتأمل.

قال: (وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا

أنه ينفذه وإن كان خلاف رأيه، وكلام القدوري يفيده أيضاً فإنه قال: إذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه وهو أعم ينتظم ما إذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً، وإنما في الجامع النصوصية عليه إذا كان مخالفاً. وقوله إلا أن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد، ومنه يعلم كون المحل مجتهداً فيه حتى تجوز مخالفته أو لا، فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة: يعني المشهورة مثل: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ ويتوقف على إمضاء قاض آخر ذكره في أقضية الجامع، وفي بعض المواضع ينفذ مطلقاً، ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه. فالأول مثل: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] الآية، لو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلاً لا ينفذ. والثاني مثل: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمداً، وهذا لا ينضبط فإن النص قد يكون مؤوّلاً فيخرج عن ظاهره، فإذا منعناه يجاب بأنه مؤوّل بالمذبوح للأنصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤوّل، فلا يكون حكم أحد المتناظرين بأنه غير مؤوّل قاضياً على غيره بمنع الاجتهاد فيه. نعم قد يترجح أحد القولين على الآخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا، ولذا نمنع نحن نفاذ القضاء في بعض الأشياء ويجيزونه وبالعكس، ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا أيضاً وإن كان كثيراً لم يحكوا الخلاف. ففي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال: وأما القضاء بحل متروك التسمية عمداً فجائز عندهما، وعند أبي يوسف لا يجوز انتهى. وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه مخالفاً للإجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمعي أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده، وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه، فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي أنه رجع عنه، وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض، ولا يعني أنه لا يعتبر في انعقاد الإجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد، ولم يرد بالبعض ما دون النصف أو ما دون الكل بل الواحد والاثنين وإلا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلاً، إذ ما من محل اجتهاد إلا وأحد الفريقين أقل من الفريق الآخر، إذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثلوه قط إلا بخلاف ابن عباس ونحوه، وهو خلاف رجل واحد، فالمراد إذا اتفق أهل الإجماع على حكم فخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقين، ثم هذا أعم من كونهم سوّغوا اجتهاده ذلك أو لا. والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف إن سوّغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الإجماع، وإن لم يسوّغوا لا يصير المحل مجتهداً فيه. قال: وإليه أشار أبو بكر الرازي لأن ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف. ثم قال المصنف: المعتبر الاختلاف في الصدر الأول: يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة. وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين؛ وعليه فرّع الخصاف أن للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لأنه مخالف لإجماع التابعين. وقد حكى في هذا الخلاف عندنا، فقيل هذا قول

الدخول ثابت بحديث العسيلة، وقد ذكرناهما في التقرير على ما ينبغي، أو الإجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه، أو يكون قولاً لا دليل عليه قيل كما إذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخير المطالبة فإنه لا دليل شرعي يدل على ذلك. وفي بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه إذا كان مخالفاً

---

(١) يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى، وهو حسن لشواهده.

دليل عليه. وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقاضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)

محمد، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ. وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء به، فاختلفت الرواية عن أبي يوسف. وقال شمس الأئمة السرخسي: هذه المسألة تنبني على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع: يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن، فعن عليّ الجواز وعمر وغيره على منعه، ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الإجماع عند محمد فيبطله الثاني. وعندهما لما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني، ولكن قال القاضي أبو زيد في التقويم: إن محمداً روى عنهم جميعاً أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز، فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية. وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الأول في كون المحل اجتهادياً قال بعضهم: إن للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه: يعني إنما يلزم إذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه مختلف بين الصدر الأول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي، فلو لم يكن فيها قول الصدر الأول بل الخلاف مقتضب فيها بين الإمامين للقاضي أن يبطله إذا خالف رأيه. وعندي أن هذا لا يعوّل عليه، فإن صح أن مالكاً وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً وإلا فلا، ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة، ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسألة اجتهادية، بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك إذا لم يعرف الخلاف إلا بين هؤلاء الأئمة، يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني أن الأب إذا خلع الصغيرة على صداقها ورآه خيراً لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فإن على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه، فإذا قضى به قاض نفذ. وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فإنها تعتد بعده بثلاثة أشهر، فإذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينفذ لأنه مجتهد فيه، إلا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال: وهذه المسألة يجب حفظها لأنها كثيرة الوقوع، ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهداً فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف. قال: ألا ترى أن القاضي إذا قضى بإبطال طلاق المكره نفذ لأنه مجتهد فيه لأنه موضع اشتباه الدليل إذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفي حكمه، وكذا لو قضى في حدّ أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه، وليس طريق القضاء الأول كونه في مختلف فيه، وإنما طريقه أن القضاء الأول حصل في موضع اشتباه الدليل لأن المرأة من أهل الشهادة، إذ ظاهر قوله تعالى: ﴿فرجل وامرأتان﴾ يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقاً وإن وردت في المداينة لأن العبرة لعموم اللفظ، ولم يرد نص قاطع في إبطال شهادة النساء في هذه الصورة؛ ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لأن المسألة مختلف فيها، فمالك وعثمان البتي يشترطان الإعلان لا الشهود، وقد اعتبر خلافهما لأن الموضع موضع اشتباه الدليل، إذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا

للأدلة المذكورة بسبب أن يكون قولاً بلا دليل. وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه. وفيه فائدتان: إحداهما أنه قيد بالفقهاء إشارة إلى أن القاضي إذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع إليه على قول العامة كذا في الذخيرة. والثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك إشارة إلى أن الحكم إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً، فإنه إذا نفذه وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه أولى، ورواية القدوري ساكتة عن الفائدتين جميعاً.

قوله: **(ورواية القدوري الخ)** أقول عبارة القدوري أعم تتناول ما إذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً وليس في عبارة الجامع إلا التنصيص على ما إذا كان مخالفاً، ويعلم حال الموافقة بالأولوية كما ذكره إلا أنه لا يثبت بهذا القدر أولوية عبارة الجامع من عبارة القدوري فتدبر.

والأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذه ولا يرده غيره، لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول، وقد يرجع

تشترط الشهادة انتهى. ولا يخفى أنه إذا كانت معارضة المعنى للدليل السمعي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه، فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ إذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الأول، ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها إذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعي أن فلاناً قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] مع أن معه ظاهراً في حديث محيصة وحويصة نذكره في القسامة إن شاء الله تعالى ربّ العالمين. ولو قضى بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك أيضاً وهو حديث العسيلة. وفي السير من الجامع الكبير: إذا قضى أن الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لأنه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة، ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ. وفي الفصول نقلاً عن فتاوى رشيد الدين: الزوج الثاني إذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانياً وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الأول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لأن للاجتهاد فيه مساغاً وهو صريح: ﴿ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب: ٤٩] وهو أيضاً مذهب زفر. ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقاً. ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهزت لا ينفذ لأنه خلاف الجمهور، وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر. ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض أنه لا حق لها في القصاص لا ينفذ. ولو زنى بأم امرأته فقضى بإقرار البنت معه نفذ. وحكى في الفصول فيما إذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافاً عند أبي يوسف لا ينفذ للنص عليه، وعند محمد يجوز، وبصحة السلم في الحيوان ينفذ، وينفذ بالقرعة في رقيق أعتق الميت واحداً منهم وبالشهادة لأبيه، وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد، وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقدا موقتاً بلفظ المتعة نحو متعيني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ. ولو قضى بردّ زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لأن عمر رضي الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة، وكذا بصحة رد الزوجة له. ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا إقرار ولا بينة لم ينفذ، وكذا إذا قضى أن لا يؤجل العنين. هذا في القضاء بالمجتهد فيه. أما إذا كان نفس القضاء مجتهداً فيه فهذه فريعات منه، وأصله أن الخلاف إذا كان في نفس القضاء والواقع توقف على إمضاء قاض آخر فإن أمضاه ليس للثالث نقضه لأن قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه: أعني قضاء الأول. وعليه فرّع إذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيتوقف على إمضاء قاض آخر، وقيل أن يمضيه الثاني نقضه لأنه ليس قضاء في مجتهد فيه، وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخيّر بين أن يجيزه أو يرده لأن الخلاف وقع في نفس القضاء، ومنه ما لو قضى المحدود أو الأعمى. وأما قضاء السلطان في أمر فالأصح أنه ينفذ، وقيل لا ينفذ. فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه إلى أن ينفذه قاض آخر. وقيل في مسألة الحجر في صحة نقض الثاني أن قضاء الأول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه نفذ قضاء الثاني بإطلاقه عن الحجر قوله: **(والأصل)** حاصله توجيه أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع إليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الأول في الصحة مثلاً فتعارض اجتهاداهما وترجح الأول

(والأصل) في تنفيذ القاضي ما يرفع إليه إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة **(أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذ**

(١) حديث حسن يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى.

الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه **(ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي**

باتصال القضاء به فلا ينقضه الثاني باجتهاد هو دونه قوله: **(ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة)** رواية واحدة **(وإن كان عامداً ففيه روايتان)** عنه **(ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين)** لأن رأيه يحتمل الخطأ وإن كان الظاهر عنده الصواب، ورأى غيره يحتمل الصواب وإن كان الظاهر عنده خطأه فليس واحد منهما خطأ بيقين، فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ. ووجه عدم النفاذ أن قضاءه مع اعتقاد أنه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه إلى جهة فصلى إلى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه، فكذا هذا، وبه أخذ شمس الأئمة الأوزجندي. وبالأول أخذ الصدر الشهيد وفرّع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاة من الإرسال إلى الشافعي ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز إلا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي وإلا كان مقلداً لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل. قال الشيخ أبو المعين: هذا خلاف ما عليه السلف، فإنهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذاً وإن كان مخالفاً لرأي الخلفاء انتهى. وأوكد الأمور في هذا حكم شريح بما يخالف رأي عليّ كثيراً وهو يعلم ويوافقه كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله، فقيل صح عن عمر رضي الله عنه أنه قلّد أبا الدرداء القضاء فاختصم إليه رجلان فقضى لأحدهما ثم نفى المقضى عليه عمر فسأله عن حاله فقال: قضى عليّ فقال: لو كنت مكانه قضيت لك، قال: فما يمنعك؟ فقال عمر: ليس هنا نص والرأي مشترك وغير ذلك. وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل إليه.مأمور به من عند الله، فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله الثابت في نفس الأمر، لكن القطع بأن المكلف به منه تعالى ليس إصابة ذلك بل العمل بمظنونه، وإن خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان إرسال الحنفي إليه إرسالاً لأن يحكم بما أمره الله تعالى، ولا جناح عليه في ذلك مع علمه أن الله جوّز له أن يقول هذا القول وأن يعمل به من أفتاه به أو حكم به عليه. واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل أنه المرجح عنده. هذا عند أبي حنيفة **(وعندهما لا ينفذ في الوجهين)** يعني وجه النسيان والعمد **(لأنه قضى بما هو خطأ عنده)** وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل، ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما. وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد اختلف الفتوى. والوجه في هذا الزمان أن يفتي بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل. وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، وهذا كله في القاضي المجتهد. فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم. هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حمل الإقدام على القضاء بخلاف مذهبه. وقال: وجه من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه. وجه المنع قوله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ الآية. واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره. والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه إجماعاً، وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس إلا قضاؤه، بخلاف المرسل إلى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فإنه لم يحكم فيه بشيء. هذا ومن تتمة اليمين المضافة أنه إذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوّج لا يحتاج إلى تجديد العقد، ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكى عن برهان الأئمة يكون الوطء حلالاً، ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوّج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوّج بأخرى هل

ولا يرد غيره لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول) في أن كلاً منهما يحتمل الخطأ **(وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه)** درجة وهو ما لم يتصل القضاء به. ولقائل أن يقول: القضاء في المجتهد فيه متفرّع على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحاً لأصله. ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحاً لأصله من حيث هو منه أو مطلقاً. والثاني ممنوع فإنه يجوز أن يكون مرجحاً لأصله من حيث بقاء الأصل عند وجود ما يرفعه من أصل بلا فرع، إذ الشيء المساوي للشيء في

حنيفة رحمه الله، وإن كان عامداً ففيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين، وعندهما لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى، ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا. والمراد بالسنة المشهورة منها

يحتاج إلى الفسخ في كل امرأة؟ ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا. وفي المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج. واختلف فيه المشايخ أيضاً.

وحيلة أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضي القاضي عند تزوّج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقاً من غير قيد فسخها في حق تلك المرأة، وسنذكر في أمر الفتوى فيها كلاماً آخر في باب التحكيم قوله: **(وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك)** أي هو عند الله حرام وإن كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك **(وكذا إذا قضى بإحلال)** يكون حلالاً عند الله تعالى وإن كان بشهادة الزور **(وهذا)** عند أبي حنيفة وهو مشروط بما **(إذا كانت الدعوى بسبب معين)** للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق، وهذه المسألة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بأن القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند أبي حنيفة باطناً خلافاً لصاحبيه وباقي الأئمة. ومن المثل: ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافاً لهم، وكذا إذا ادعت نكاحاً على رجل وهو يجحده، ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنك اشتريتها حل للمنكر وطؤها إذا قامت البينة الزور وقضى بها، وكذا في الفسوخ بالبيع والإقالة. وفي الهبة روايتان. ومنها ادعت أن الزوج طلقها ثلاثاً وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال، ولا يحل عند الأئمة إذا كان عالماً بكذب الشهود. ومن صور التحريم: صبي وصبية سبيا فكبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربي مسلماً وأقام بينة أنهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة، فإن رجع الشهود أو تبين أنهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لأن القضاء بالحرمة نفذ باطناً وظاهراً. ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود، وأجمعوا في الأملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحل باطناً، والوجه في الأصل. والفرق تقدم قبيل باب الأولياء والأكفاء، ومن الأوجه لأبي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهراً وباطناً فبأمر الله أولى، والقاضي مأمور بذلك منه جلا وعلا. وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطناً وإن كان أحدهما كاذباً فليس بشيء. وفي الخلاصة: وأجمعوا على أنه لو أقرّ بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له بها لا يحل وطؤها، وأن الشهود لو ظهروا عبيداً أو كفاراً أو محدودين لا ينفذ باطناً. وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاثاً أخذاً بقول عليّ نفذ القضاء ظاهراً وباطناً، ثم بعد ذلك إن كان

القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شيء آخر، ولأول مسلم وليس الكلام فيه، ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت رضي الله عنه، فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحد الخصمين فقال: إن زيداً قضى عليّ يا أمير المؤمنين، فقال له عمر: لو كنت لقضيت لك، فقال: ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة؟ فاقض لي فقال عمر: لو كان هنا نص آخر لقضيت لك، ولكن هاهنا رأي والرأي مشترك **(ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان عامداً ففيه روايتان. ووجه النفاذ)** وهو دليل النسيان أيضاً بطريق الأولى **(أنه ليس بخطأ بيقين)** لكونه مجتهداً فيه، وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعامة المجتهدات. ووجه عدمه أنه

قوله: **(لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول الخ)** أقول: وفيه أن اعتقادنا لمذهب الغير أنه خطأ يحتمل الصواب، ومذهبنا صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالأول عندنا قوله: **(ويؤيده ما روي عن عمر الخ)** أقول: قال الزيلعي: وقد صح أن عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء أبا الدرداء وساق القصة قال المصنف: **(وإن كان عامداً ففيه روايتان)** أقول: قال النسفي في الكافي وفي الصغرى: إذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبي حنيفة وعليه الفتوى ا هـ. قال ابن الهمام: الوجه في هذا الزمان

وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول.

الزوج مجتهداً يتبع رأى القاضي عند محمد، وعند أبي يوسف يتبع رأي القاضي إن كان مقضياً عليه، وإن كان مقضياً له يتبع أشد الأمرين عليه، وإن كان عامياً فإن استفتى فما أفتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وإن لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى. والوجه عندي قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين، وكونه لا يراه حلالاً إنما يمنعه من القربان قبل القضاء، أما بعده وبعد نفاذه باطناً كما فرضت المسألة فلا قوله: **(ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه، وقال الشافعي**

زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده)** فيعمل به بزعمه قال المصنف: **(وعليه الفتوى)** قال: **(ثم المجتهد فيه أن ما لا يكون مخالفاً لما ذكرنا)** لما ذكر أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه لا يكون مخالفاً لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع فإذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع إلى قاض ثالث نقض لأنه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد، بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثاني نفذه كما مر، فإن نقضه فوقع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول ويبطل الثاني، لأن الأول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالإجماع، والثاني مخالف للإجماع ومخالف الإجماع باطل لا ينفذ، والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوّج امرأة الأب وجاريته التي وطئها الأب، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع إليه **(والمراد بالسنة المشهورة منها)** كما ذكرنا **(والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور)** أي جلّ الناس وأكثرهم **(ومخالفة البعض غير معتبرة لأن ذلك خلاف لا اختلاف)** فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه، وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له أحد ذلك فلم يتبعه وأنكروا عليه، فإذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه، فأما إذا سوّغ له ذلك لم ينعقد الإجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من الإخوة وفي إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين، فإن حكم به حاكم لم يكن مخالفاً للإجماع، وهذا هو المختار عند شمس الأئمة، ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لانعقاده لأنه ليس بصحيح عند عامة العلماء قوله: **(والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول)** معناه أن الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم، وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الأول ورفع ذلك إلى حاكم لم ير ذلك كان له أن ينقضه. قال: **(وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم الخ)** كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر: أي فيما بينا فهو في الباطن: أي عند الله حرام، وكذا إذا قضى بإحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كنكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لا في الأملاك المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور، فمن العقود ما إذا ادعى على امرأة نكاحاً وأنكرت فأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الأول خلافاً لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر، وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر. ومنها ما إذا قضى بالبيع بشهادة

أن يفتي بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، ثم قال: وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، وهذا كله في القاضي المجتهد، وأما المقلد فإنما ولاء ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ قوله: **(بطريق الأولى)** أقول: وجه الأولوية أن التعمد يكون لهوى باطل بخلاف النسيان.

قوله: **(لأن القاضي يصير منشئاً)** أقول: الظاهر أن يقال منشىء قوله: **(لأنه تبرع)** أقول: أي من وجه قوله: **(فإذا دخل بها لا يحل)** أقول: بوجوب العدة كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة.

قال: **(وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله)** وكذا إذا قضى بإحلال، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرّت في النكاح.

قال: **(ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه)** وقال الشافعي رحمه الله: يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق. ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة، ولا منازعة دون الإنكار ولم يوجد، ولأنه

يجوز) إذا كان غائباً عن البلد أو فيها وهو مستتر قولاً واحداً وهو قول مالك وأحمد، وإن كان في البلد غير مختف فله قولان أصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك. والفرق أن في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا. احتجوا بقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل. ولنا قوله ﷺ لعليّ حين استقضاه على اليمين: «لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر»[2] وقدمناه من رواية أبي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه، فعلم أن جهالة كلامه مانعة من القضاء، وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم معه، ولأن حجية البينة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها، والعجز عنه لا يعلم إلا مع حضوره أو نائبه، ولأن شرط العمل بها الإنكار حتى لا تسمع على مقرّ، ولا يقضى بها إذا اعترض الإقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الإنكار، وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم، ولا يكفي في الحكم بثبوته كونه الأصل لأنه

الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعتني هده الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعاً سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهداً فيه وبالبيع بثمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أو لا عند بعض المشايخ لأن الشهادة شرط لإنشاء النكاح قصداً والإنشاء هاهنا يثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب وإن لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات. وقال بعضهم: إنما يثبت النكاح والبيع إذا كان القضاء بمحضر من الشهود لأنها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لأن القاضي يصير منشئاً وإنما يصير منشئاً فيما له ولاية الإنشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لأنه تبرع. ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدي زور ففسخ القاضي حلّ للبائع وطؤها. ومنها ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهراً وباطناً علم أن الزوج الأول لم يطلقها بأن كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك، وقالا: إن كان عالماً بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لأن الفرقة عندهما لم تقع باطناً، وإن لم يعلم بها حل له ذلك، وأما الزوج الأول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخراً وإن كانت الفرقة لم تقع باطناً، لأنه لو فعل ذلك كان زانياً عند الناس فيحدونه. وذكر شيخ الإسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرّاً؛ وعلى قول محمد يحل للأوّل وطؤها ما لم يدخل بها الثاني، فإذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم. قال: **(ولا يقضي القاضي على غائب الخ)** القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز إلا إذا حضر من يقوم مقامه. وقال الشافعي: إن غاب عن البلد أو على مجلس الحكم واستتر في البلد جاز، وإلا لا يصح في الأصح لأن في الاستتار تضييعاً للحقوق دون غيره، واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود

قوله: **(قلنا إذا كانت شرطاً الخ)** أقول: فيه تأمل، ثم الظاهر أن يقال: إذا كان بدل قوله إذا كانت قوله: **(وبأنه مفيد الخ)** أقول: ومن هذا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعى عليه مع المدعي إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم.

---

(١) يأتي في أول كتاب الدعوى.

(٢) تقدم في أول باب أدب القاضي مستوفياً، وهو حسن.

يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة، ولو أنكر ثم غاب فكذلك لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله، ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بإنابته كالوكيل

يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده، ولذا قلنا جميعاً فيمن قال لعبده إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حرّ فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الأصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرطاً لحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الأصل. فإن قيل: الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب. قلنا: لأن بقاء الإنكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه إلا بالنظر إلى الأصل ولا عبرة به، وإنما يقضى عليه بالبينة إذا حضر وسكت لإنزال الشرع إياه منكراً لا لأنه غير منكر، وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لأنه إما أن يقرّ أو ينكر. وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشيء لأن مع حضوره يحتمل أن يقرّ فيبطل حكم البينة أولاً فيطعن في البينة ويثبته أو لا يطعن فيقضى عليه بالبينة، ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز، وهذا لأن حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالإقرار يقتصر على

الحجة وهي البينة، فإذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضي العمل بمقتضاها. ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعله حجة ضرورة قطع المنازعة، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقرّ بالحق لا حاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الإنكار ولم يوجد، فإن قال قد عملتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت. أجيب بأن الشرع أنزله منكراً حملا لأمره على الصلاح، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو رفعا لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الإنكار موجوداً حكماً، وإن قال سلمنا أن لا منازعة إلا بالإنكار لكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه فإن الأصل عدم الإقرار، إذ الأصل في اليد الملك. قلنا: ممنوع، فإن الظاهر من حالة الإقرار لأن المدعي صادق ظاهر الوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الإقرار لعقله ودينه أيضاً. وإن قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك. قلنا إذا كانت شرطاً فالملازمة ممنوعة لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط، وسيأتي له جواب آخر. وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لأنه إن حضر فأقرّ لزمت الدعوى وإن أنكر فكذلك. فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فإنه عندنا لا يظهر بها إلا بالنزاع، بأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويثبته أن يسلم الدعوى ويدعي الأداء ويثبته، أو يقرّ قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة، ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه إبطاله، وصون الحكم عن البطلان من أجلّ الفوائد قوله: **(ولأنه يحتمل الإقرار الخ)** دليل آخر على المطلوب، والضمير للشأن، ويجوز أن يتنازع أن ويشتبه في وجه القضاء وأعمل الثاني؛ ومعناه أن الشأن يحتمل الإقرار والإنكار، أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة، فإن حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة، وقد تقدم في أوّل باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل إذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فإنه يأخذها وولدها، وإن أقرّ بها الرجل لم يأخذ ولدها لأن البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الأصل فيكون الولد متفرعاً عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض، فإن استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي» فإنه لا يفصل بين كون الخصم حاضراً أو غائباً، أو بحديث هند حيث قالت: «يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال: خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف» فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب أجبناه عن الحديث الأول بأنه يدل على أن من ادعى شيئاً فعليه إقامة البينة، وهو مع كونه متروك

قوله: **(والضمير للشأن)** أقول: فيه بحث، فإن الجملة بعده تحتمل ضميره إلا أن يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح قوله: **(ويجوز أن يتنازع أن ويشتبه الخ)** أقول: وأتى بضميره في الأول، والإضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع، إلا أن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج إلى لبيان قوله: **(وعن حديث هند الخ)** أقول: ولأنه لم يكن قضاء وإنما كان فتوى قوله: **(وفيه خلاف أبي يوسف الخ)** أقول: وفيه تأمل قوله: **(واعلم أن قيام الحاضر الخ)** أقول: كأنه يشير إلى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه: أي وقيام من يقوم.

أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي، وقد يكون حكماً بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب، أما إذا كان شرطاً لحقه فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع.

المقرّ، ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها، ولو أقرّ بها لرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض. وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة؛ لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف فإنه قال: يحكم بها لأن إنكاره سمع نصاً فوجد شرط حجيتها كما لو أقرّ ثم غاب يقضى بالإقرار. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لا يقضى بالبينة ويقضى بالإقرار، وهو قول أبي حنيفة لأن في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق، أما ليس له حق الطعن في إقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقاً له. وكان أبو يوسف يقول أولاً: لا يقضى بالبينة والإقرار على الغائب جميعاً، ثم رجع لما ابتلي بالقضاء وقال: يقضى فيهما جميعاً واستحسنه حفظاً لأموال الناس، فإذا علمنا أنه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه، فمن يقوم مقامه أحد ثلاث: نائب بإنابته كوكيله، أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي. وقد يكون حكماً: يعني شخصاً يقوم مقامه حكماً، أي يكون قيامه عنه حكماً لأمر لازم له، واقتصر المصنف عليها نفياً للمسخر من جهة القاضي فإن فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى، وكذا لو أحضر المدعي رجلاً غير خصمه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته، وإنما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم، ولكن بعد أن يبعث أمناءه إلى باب داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك، أما في غير ذلك الموضع فلا. وذكر محمد في الجامع. رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة: يعني على الغائب. قال شيخ الإسلام: فيه دليل على جواز الحكم على المسخر، فإنه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب. قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما إذا لم يعلم القاضي أنه مسخر. والوجه أن يحمل على إحدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين، ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام أنه ينفذ، وغيرهما من المشايخ قالوا: لا ينفذ، وفي مفقود خواهر زاده. لا ينبغي للقاضي أن يقضي للغائب من غيرخصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضي على الغائب، إلا أن مع هذا لو وكل وكيلاً وأنفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى. والذي يقتضيه النظر أن يقال إن نفاذ القضاء على الغائب موقوف على إمضاء قاض، لأن نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه، وحيث قضى على غائب فلا يكون عن إقرار عليه. ومن فروعه مسألة عجيبة في الفصل الأول من الفتاوى الصغرى: عين في يد رجل ادعى آخر أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدّقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد أن يسلمها إلى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب

الظاهر لأن الخصم إذا أقرّ ليس على المدعي إقامة البينة ليس بمحل للنزاع، وإنما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أو لا، وليس فيه ما يدل على نفي أو إثبات، وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله ﷺ لعليّ حين بعثه إلى اليمين: «لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر، فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي» رواه الترمذي وقال: هذا حديث حسن. وعن حديث هند بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالماً باستحقاق النفقة على أبي سفيان؛ ألا ترى

قوله: (فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول: جزاء، فإن كان في قوله فإن كان سبباً لازماً الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر تخميناً.

قال: **(ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق)** لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة

بالشراء بإقراره، وهي عجيبة لأنه اعترف بالملك للمدعي ولا يقضى عليه بالتسليم. قال: وأحال الصدر الشهيد هذه المسألة إلى باب اليمين من أدب القاضي ولم أجدها ثمة. وأما الثالث فما إذا كان ما يدعيه على الغائب سبباً لا محالة، لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه **(وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما إذا كان)** ما يدعيه الغائب **(شرطاً لحقه)** لا سبباً لا محالة، أو قد يكون سبباً وقد لا يكون **(فإنه لا معتبر به في جعل الحاضر خصماً عن الغائب)** قال المصنف **(وقد عرف تمامه في الجامع)**. مثال السبب الملزوم لا محالة في ست مسائل: ثلاث فيما يكون المقضي شيئين، وثلاث فيما يكون واحداً. أما ثلاث الواحد: إحداها ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فإنه يقضى بها في حق الحاضر والغائب، لأن الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب لا محالة لملكه. والثانية ادّعى على آخر أنه كفل عن فلان الغائب بما يذوب[1] له عليه فأقرّ المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فأقام المدعي البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب، حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره. الثالثة ادعى شفعة في دار في يد إنسان فقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من أحد فأقام المدعي البينة أن ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفيعها يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب. ومثال ثلاث الشيئين: إحداها قذف محصناً فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعليّ حد العبيد وقال المدعي المقذوف بل أعتقك مولاك فعليك حد الأحرار والمولى غائب فأقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعاً، حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت إلى إنكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعي على الحاضر فهما شيئان. الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البينة أن مولاهما أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لأن العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة. الثالثة رجل قتل رجلاً عمداً وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبي مالاً وأنكر القاتل فأقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعاً. فإن قيل: هذا منتقض بما إذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهما أن الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتباً عند أبي حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلاً مع أن إعتاق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة. أجيب بأن عدم القبول عنده هنا لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لأن الساكت إذا اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتباً من جهة المعتق، وإن اختار الاستسعاء يصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة مجهولاً فلم يقبل. وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر، بل قد يكون وقد لا يكون، فقد

أنها لم تقم البينة قوله: **(لو أنكر ثم غاب فكذلك)** يعني لا يقضي القاضي في غيبته وإن وجد منه الإنكار، وكذا إذا أنكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء **(لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء)** لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي **(وفيه خلاف أبي يوسف)** فإنه يقول: الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب. وأجيب أن الاستصحاب يصلح للرفع لا للإثبات. قال: **(ومن يقوم مقامه الخ)** لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك. واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب إما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكماً شرعياً، والأول إما أن يكون الفاعل هو الغائب كما إذا وكل شخصاً وهو ظاهر أو القاضي كما إذا أقام وصياً من جهته. والثاني إما أن يكون ما يدعي به على الغائب سبباً لازماً لما يدعي به على الحاضر أو شرطاً لحقه، فإن كان سبباً لازماً سواء

---

(١) ذابَ: وَجَبَ. وذاب لي عليه حق: وجب اهـ مغرب.

مضمونة، والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه **(وإن أقرض الوصي ضمن)** لأنه لا يقدر على الاستخراج،

يكون أيضاً شيئين وقد يكون واحداً، وبيانه في مسألتين: إحداهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بحملك إليه فأقام العبد البينة أن مولاه أعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد إلى إعادة البينة به. والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلني زوجك بحملك إليه فأقامت بينة أنه طلقها ثلاثاً يقضى بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق، فلو حضر وأنكر الطلاق يحتاج إلى إعادتها أو بينة أخرى فالمدعي العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد، لأن العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة، وقد يتحقق موجباً للانعزال فأن وجد بعد الوكالة، فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق والعتاق، فمن حيث أنه ليس سبباً لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصماً عن الغائب، ومن حيث أنه قد يكون سبباً قبلنا البينة فيما يرجع إلى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لأنه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق، ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق. ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين، إلا أن ما يدعيه على الغائب ليس سبباً لما يدعيه على الحاضر إلا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل: إحداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع أنه كان زوّجها من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد أن يردها بهذا العيب وأنكر البائع فأقام المشتري على ذلك بينة فإنه لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن المدعي شيئان: الردّ بالعيب على الحاضر، والنكاح على الغائب. والنكاح المدعى به على الغائب ليس سبباً لما يدعي على الحاضر إلا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها، فإن أقام البينة على البقاء بأن شهدوا على أنها امرأته للحال لا تقبل أيضاً لأن البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسداً إذا أراد البائع الاسترداد فأقام البينة أنه باع من فلان الغائب لا تقبل لإبطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن نفس البيع ليس سبباً لبطلان حق البائع في الاسترداد لجواز أنه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البائع في الاسترداد، وإذا لم يكن خصماً في إثبات نفس البيع لم يكن خصماً في إثبات البقاء لأن البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا. الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فأراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك إنما هي لفلان فأقام الشفيع البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن المدعي شيئان، والمدعي على الغائب من شراء الدار ليس سبباً لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء، لأنه لو فسخ بعد الشراء وأزالها عن ملكه بسبب من الأسباب لا يكون له شفعة، وإنما

كان المدعي واحداً كما إذا ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام المدعي بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فإن المدعي وهو الدار شيء واحد، وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب للملك لا محالة، أو شيئين مختلفين، كما إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب فأقام المشهود له بينة أن فلاناً الغائب أعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة، والمدعي شيئان: المال على الحاضر والعتق على الغائب، والمدعي على الغائب سبب المدعي على الحاضر لا محالة لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصماً عن الغائب، لأن المدعي شيء واحد في الأول أو كشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك، فإذا حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره ولا يحتاج إلى إعادة البينة، ولهما نظائر في الكتب المبسوطة، والمصنف لم يتعرض إلا للسببية، وأما أن يكون المدعي شيئاً واحداً أو شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم، فإن الشيء إذا ثبت ثبت بلوازمه، وقيدنا السبب بقولنا لازماً احترازاً عما إذا كان سبباً في وقت دون وقت. فإن الحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب، كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب إن زوجك فلاناً الغائب وكلني أن أحملك إليه، فقالت إنه كان قد طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى إذا حضر وأنكر الطلاق يجب

والأب بمنزلة الوصي في أصحّ الروايتين لعجزه عن الاستخراج.

تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه؛ ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضاً لما ذكرنا. وأما ما يكون شرطاً فعامة المشايخ فيه على أنه لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب فيما يدعيه. وصورته: قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق، فادعت أن فلاناً طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لأنه ابتداء القضاء على الغائب. وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الإسلام والأوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصماً عن الغائب، ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وإن كان فلان غائباً. والجواب أنه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء إذ ليس فيه إبطال حق له فصار الأصل أن ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق الغائب قبلت البينة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب، وما تضمن إبطالاً عليه لا يقبل قوله: **(ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق)** وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الإقراض، وهذا **(لأن في الإقراض مصلحتهم)** لأن بقاءه على وجه الأرض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر، وفي القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة **(والقاضي يقدر على الاستخراج)** فكان النظر في الإقراض بخلاف الوصي فإنه لا يقدر على الاستخراج، إذ ربما لا يوافقه الشهود أو لا يجدهم، ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل، وفي الجثوّ بين يدي القضاء ذل وصغار فكان إضراراً بالصغار على الاعتبار **(والأب كالوصي في أصح الروايتين)** لأنه لا يقدر على الاستخراج. ووجه الأخرى أنه أعم ولاية من الوصي لأنها في المال والنفس كولاية القاضي، ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر، والظاهر أنه يقرض ممن يأمن جحوده، وعلى هذا قالوا: لو أخذه الأب قرضاً لنفسه يجوز وإن روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز. والجواب أن الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للأب عليه، بخلاف القاضي فإنه لو لم يجد الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج، ولا يخفى أن قدرة هذا إنما تفيد مع وجود الملاءة. أما لو أعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة، وعن هذا قال الخصاف: ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختلّ حال أحد منهم يأخذ منهم المال قبل

عليها إعادة البينة لأن المدعي على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعي على الحاضر وهو قصر يده، فإن الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلاً بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان وكيلاً بالحمل قبل الطلاق فكان المدعي على الغائب سبباً لثبوت المدعي على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: يقضي بقصر اليد دون الطلاق عملاً بهما. فإن قيل: كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلت: اكتفى بالإطلاق لصرف المطلق إلى الكامل عن التقييد، وإن كان أعني ما يدعي به على الغائب شرطاً لحقه، أي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الحالف عليه أن فلاناً طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف: فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب وهو قول عامة المشايخ، لأن بينتها على فلان الغائب لا تصح لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب. وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة الأوزجندي إن البينة تقبل ويجعل الحاضر خصماً عن الغائب كما في السبب، لأن دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط. لا يقال: المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين، لأن المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغائب وهو في الشرط موجود. وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيلاً عن الغائب ليستمع الخصومة عليه بقوله كالوصيّ من جهة القاضي لأن كلامه فيمن يقوم

قوله: **(والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين)** أقول: فيه تأمل قوله: **(وأخرج المصنف، إلى قوله: كالوصي)** أقول: فيه شيء فإن كاف التشبيه تدل على خلاف ما ذكره.

قوله: **(ويكتب الصك لأجل تذكره الحق الخ)** أقول: فيه إشارة إلى أن انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولاً له ليكتب. وعندي أن قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى.

. . . .

أن يعسر فلا يقدر، وكذا لو كان المستقرض معسراً في الابتداء لا يجوز للقاضي إقراضه، وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه ولنفصلها. فعندنا وفي قول للشافعي أنه يجوز، وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز، وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لأنه ﷺ قال لهند بنت عتبة «خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1] فهذا قضاء بعلمه، وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حدّ خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق رجل امرأته أو قتل عمد أو حدّ قذف. وأما إذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم ولي فرفعت إليه تلك الحادثة أو علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت إليه لا يقضى عنده، وقال: يقضى وفي التجريد جعل قول محمد مع أبي حنيفة، ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضي. واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وسواء كان مقلداً للرستاق أو لم يكن، وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ عند أبي حنيفة ومحمد. ونص أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد، وهكذا في النوادر عن محمد. ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء، فعند أبي حنيفة لا يقضى، وعندهما يقضى. وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقاً، والله الموفق.

مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه، ذكره في الذخيرة وهو إحدى الروايتين فيه فكأنه اختاره. قال: (**ويقرض القاضي أموال اليتامى الخ**) للقاضي أن يقرض أموال اليتامى ويكتب الصك لأجل تذكره الحق وهو الإقراض، لأن في إقراض أموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فإن القاضي لكثرة أشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة إن حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة، وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها. فإن قيل: نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى لجحود المستقرض، أجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوماً له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان، بخلاف الوصيّ فإنه ليس له أن يقرض، فإن فعل ضمن لأن الحفظ والضمان وإن كان موجودين بالإقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لأنه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل، والأب كالوصيّ في أصح الروايتين لأنه عاجز عن الاستخراج، وهو اختيار الإمام فخر الإسلام والصدر الشهيد والعتابي، وفي رواية: يجوز له ذلك لأن ولاية الأب تعم المال والنفس كولاية القاضي، وشفقته تمنع من ترك النظر له، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده، وإن أخذه الأب قرضاً لنفسه فالقراض يجوز. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢١١ و ٥٤٦٣ ومسلم ١٧١٤ ح ٧ وأبو داود ٣٥٣٢ والدارمي ٢/ ١٥٩ والنسائي ٨/ ٢٤٦ـ ٢٤٧ وابن ماجه ٢٢٩٣ والشافعي ٢/ ٦٤ والحميدي ٢٤٢ وأحمد ٦/ ٣٩ـ ٥٠ـ ٢٠٦ وابن حبان ٤٢٥٥ والبيهقي ٧/ ٤٦٦ و ١٠/ ١٤١ ـ ٢٦٩ـ ٢٧٠ والبغوي ٢١٤٩ و ٢٣٩٧ كلهم من حديث عروة عن عائشة قالت: «قالت هند للنبي ﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس لي إلا ما يُدْخِلُ عليّ. قال: خذي ما يكفيك، وَوَلَدَكِ بالمعروف».
ورواية: لا حرج عليك أن تنفقي بالمعروف عليهم وهي عند البخاري ٢٤٦٠ و ٥٣٥٩ و ٣٨٢٥ و ٦٦٤١ و ٧١٦١ ومسلم ١٧١٤ ح ٨ـ ٩ وأبو داود ٣٥٣٣ وأحمد ٦/ ٢٢٥ والبيهقي ١٠/ ٢٧٠ والبغوي ٢٠٥٠ وابن حبان ٤٢٥٧ كلهم من حديث عائشة.

باب التحكيم

(وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء، ولا

باب التحكيم

هذا أيضاً من فروع القضاء، والمحكم أحطّ رتبة من القاضي، فإن القاضي يقضى فيما لا يقضي المحكم فأخره عنه، ولهذا قال أبو يوسف: إنه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته، بخلاف القضاء لأن حكمه بمنزلة الإصلاح والواقع منه كالصلح، أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك. والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهله﴾ [النساء: ٣٥] الآية، وفيه نظر. وأما السنة فما قال أبو شريح: «يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان، فقال عليه الصلاة والسلام: ما أحسن هذا»[١] رواه النسائي وأجمع على أنه ﷺ عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله ﷺ[٢]. وروي أنه كان بين عمر وأبيّ بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمر: هلا بعثت إليّ فآتيك يا أمير المؤمنين، فقال عمر: في بيته يؤتى الحكم، فدخلا بيته فألقى لعمر وسادة، فقال عمر: هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر، فقال زيد لأبيّ: لو أعفيت أمير المؤمنين، فقال عمر:

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء، وتأخيره من حيث أن المحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي. وهو مشروع بالكتاب والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم (وإذا حكم رجلان رجلاً ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما وإذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لأنه بمنزلته فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والإضافة إلى المستقبل على قول أبي يوسف لكنها وقعت فإنهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده. وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف، بخلاف القضاء والإمارة لأنه

باب التحكيم

قوله: (وعموم ولاية القاضي) أقول: المراد بعموم ولاية القاضي هو تعدي الحكم الصادر عنه إلى غير المتخاصمين كما في صورة القتل خطأ وأمثاله، لا أنه يجب أن يكون مولى على آحاد كثيرة من الناس فإنه قد يفوض إليه الحكم في قضية واحدة بين الشخصين المبينين كما لا يخفى إلا أنه يمكن أن يقال: لا يطلق اسم القاضي لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٩٥٥ من حديث هانىء بن يزيد أبي شريح، وفيه قصة، وهي أنه كان يكنى بأبي الحكم فغيره رسول الله ﷺ وقال له: إن الله هو الحكم، فَلِمَ تكنى أبا الحكم.
وفيه يزيد بن مقدام صدوق كما في التقريب. وبقية رجاله ثقات كلهم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٤٣ و ٣٨٠٤ و ٤١٢١ و ٦٢٦٢ ومسلم ١٧٦٨ وأبو داود ٥٢١٥ و ٥٢١٦ والنسائي في الفضائل ١١٨ وأحمد ٣/ ٢٢. ٧١ وابن سعد ٣/ ٤٢٤ وابن حبان ٧٠٢٦ وأبو يعلى ١١٨٨ والطبراني ٥٣٢٣ والبيهقي ٦/ ٥٧. ٥٨ و ٩/ ٦٣ والبغوي ٢٧١٨ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري: «أن بني قُريظة نزلوا على حكم سعد بن معاذ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى سعد، فجاء على حمار، فقال رسول الله ﷺ: قوموا إلى خيركم، أو إلى سيدكم. قال: إن هؤلاء قد نزلوا على حكمك. قال: فإني أحكم فيهم أن يُقْتَلَ مقاتلَتُهم، وتُسْبَى ذريتُهم. فقال رسول الله ﷺ: لقد حكمت فيهم بحكم الله، وقال مرة: لقد حكمت بحكم المَلِكِ».
وورد من حديث عائشة مطولاً. أخرجه أحمد ٦/ ١٤١. ١٤٢ وابن أبي شيبة ١٤/ ٤٠٨. ٤١١ وابن سعد ٣/ ٤٢١. ٤٢٣ وابن حبان ٧٠٢٨ وإسناده حسن ورجاله ثقات، والعمدة حديث أبي سعيد

يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبيّ لانعدام أهلية القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى **(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم**

يمين لزمتني، فقال أبيّ: نعفي أمير المؤمنين ونصدقه[١]، وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التلبيس، وإنما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما إلى الحكم للتبيين لا للتلبيس. وفي الحديث جواز التحكيم وأن زيداً كان معروفاً بالفقه. وقد روي أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف إليه ويأخذ بركابه عند ركوبه، وقال هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا ، فقبل زيد يده وقال: هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا[٢]. وفيه أن الإمام لا يكون قاضياً في حق نفسه، وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي إلى العالم في بيته ولا يبعث إليه ليأتيه وإن كان أوجه الناس. وأما إلقاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله ﷺ: «إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه»[٣] وبسط النبيّ ﷺ رداء لعدي بن حاتم، وأن الخليفة ليس كغيره، واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الأول، وأنه لا بأس بالحلف صادقاً، وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لأمر آخر[٤]، وأن اليمين حق المدعي له أن يستوفيها وتسقط بإسقاطه قوله: **(وإذا حكم رجلان رجلاً)** أو امرأة **(فحكم بينهما ورضيا بحكمه)** إلى أن حكم **(جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما)** وسنذكر لهذا تخصيصات: أولها قوله: **(وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم)** بأن يكون أهلاً للشهادة **(فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي)** إلا أن يحكمه ذميان لأنه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم **(و)** كذلك **(المحدود في القذف والفاسق)** لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء **(لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة. والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى)** الفاسق ينفذ حكمه. وقوله: **(وينفذ**

تفويض **(وإذا كان المحكم بمنزلة الحاكم)** اشترط له أهلية القضاء **(فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لأنها من أهل الشهادة فيها)** قال: **(ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ)** قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكماً ولا محكماً، فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي إن حكمه المسلمون، وإن حكمه أهل الذمة جاز لأنه من أهل الشهادة فيما بينهم، وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمي ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون

قال المصنف: **(فيشترط أهلية القضاء)** أقول: وفي المحيط: يشترط أن يكون الحكم أهلاً للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً، حتى أنه إذا لم يكن أهلاً للشهادة وقت التحكيم وصار أهلاً للشهادة وقف الحكم بأن كان الحكم عبداً فأعتق وحكم لا ينفذ حكمه. هكذا ذكر صاحب الأقضية والشيخ الإمام شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسألته في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى. المسألة المذكورة في فصل التقليد هو أنه إذا استقضى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضي بذلك الأمر في باب الجمعة من صلاة المنتقى، رواه إبراهيم عن محمد. والعبد إذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضي بذلك الأمر انتهى. واشتراط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومعراج الدراية أيضاً قوله: **(ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ)** أقول: في المحيط: ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى. وفي شرح الكافي: المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر.

---

(١) موقوف ضعيف. أخرجه البيهقي ١٠/ ١٤٥ بسنده عن الشعبي مرسلاً. وفيه محمد بن الجهم لا يُعرف.
فللخبر علتان الارسال، وجهالة ابن الجهم هذا والله أعلم.

(٢) موقوف جيد. أخرجه الحاكم ٣/ ٤٢٣ في مناقب زيد وقال: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.
تنبيه: ليس في النسخة المطبوعة من المستدرك زيادة: فقبل زيدٌ. . .) وقد ذكرها محقق المستدرك نقلاً عن كنز العمال.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ١٦٢ من حديث عائشة.
وقال: فيه سليمان بن أرقم بن حبان: يروي عن الثقات الموضوعات.
وله طريق آخر فقد أخرجه ابن عدي في الكامل في ترجمة سعيد بن مسلمة في ٢/ ٤٥٦ من حديث ابن عمر وذكره الذهبي من طريق ابن عدي، وقال: سعيد بن مسلمة قال يحيى عنه: ليس بشيء. وقال البخاري: ضعيف.
وورد من حديث معاذ. أخرجه ابن عدي ١/ ١٧٧ في ترجمة أحمد بن عبد الله الحراني، وقال: حدث عن الثقات بالمناكير.

(٤) أثر عثمان يأتي في الدعوى. والقصة معروفة حيث اختلف هو ورجل. ورواية المقداد في قدر المال الذي كان لعثمان عليه. وانظر نصب الراية ٤/ ١٠٣.

عليهما) لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً **(وإذا حكم لزمهما)** لصدور حكمه عن ولاية عليهما **(وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه)** لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه **(وإن خالفه أبطله)** لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه **(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص)** لأنه لا ولاية لهما على

حكمه عليهما) عطف على جواب المسألة: أعني قوله جاز، وهذه شروط التحكيم فقدمناها على الجواب، ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيداً للحصر فيفيد أنه لا ينفذ على غيرهما، فلو حكماه في عيب بالمبيع فقضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يتراضى البائع الأول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الأول، ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل إذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما، ولم يتعدّ لأنه كالمصالح. ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعاً حتى لو حكما عبداً فعتق أو صبيا أو ذمياً فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد، وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الإضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من إضافة المصدر إلى المفعول، ولو اعتبرت إلى الفاعل جاز في بعضها دون بعض. وفي المغني: يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرّ، وتحكيم الذمي ذمياً ليحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا قوله: **(ولكل واحد من الحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما)** إذ هما الموليان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا **(وإذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما)** فقط لأنه لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس لواحد أن يرجع قوله: **(وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه على ذلك الوجه)** بعينه قوله: **(وإن خالفه أبطله)**.

وقال مالك وابن أبي ليلى: هو كالمقلد فلا يبطله إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم، ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له، بخلاف المولين له إنما لهما ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي أنه لم يحكمه، ولأن تقليدهما إياه بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهدات كان للقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا، وهذا يبين لك أن المراد من قوله وإن خاله أبطله ليس ما

الإسلام، فكذا تحكيمه، والمحدود في القذف وإن تاب لأنه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتي، والفاسق والصبيّ لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن إذا حكم الفاسق يجب أن يجوز عندنا كما مر في أول أدب القاضي أن الفاسق لا ينبغي أن يقلد القضاء، ولو قلد جاز **(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما)** لاتفاقهما على ذلك **(فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً)** لأن ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما، وأما عدمه فلا يحتاج إلى عدمهما بل يعدم بعدم أحدهما، وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضاً. فإن قيل: إخراج أحدهما سعي في نقض ما تم من جهته. قلنا: ما تم الأمر وإنما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فإنه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي إذا قضى ثم عزله السلطان فإنه لازم **(وإذا رفع حكمه إلى حاكم فوافق مذهبه أمضاه لأنه)** إذا نقضه لم يحكم إلا بذلك **(فلا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه)** وفائدة إبرامه أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه، لو لم يمض لتمكن لأن إمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه **(وإن خالفه أبطله لأن حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه)** بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فلأنه لا يبطله الثاني وإن خالف مذهبه لعموم ولايته فكان

وقال في النهاية: هو من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل هناك انتهى. فلا مخالفة كما توهم. ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول يقال: حكمه أي فوض الحكم إليه قوله: **(فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الخ)** أقول: المراد بالكافر ما عدا الذمي الذي بقرينة المقابلة.

دمهما ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما قالوا: وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما، وهو صحيح إلا أنه لا يفتي به، ويقال يحتاج إلى الحكم المولى دفعاً لتجاسر العوامّ وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا

يعفيه ظاهره من لزوم إبطال القاضي إياه بل جواز أن يبطله وأن ينفذه. وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي قوله: **(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص)** وهذا إحدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف. قال شمس الأئمة في شرح أدب الخصاف: من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس. وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما، ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف أطلق وقال لا يجوز، وهو الصحيح لأن حكم بمنزلة الصلح، ولا يجوز استيفاء القصاص وحدّ القذف بالصلح، ولأنهما يندرئان بالشبهات، وحكمه شبهة لأنه حكم في حقهما لا في حق غيرهما، وأيّ شبهة أعظم من هذا. قال المصنف قالوا: **(وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح)** وفي الخلاصة: قضاء الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وأرش الجنايات وقطع يد عمداً ببينة عادلة جائز إذا وافق رأي القاضي. وعن أبي حنيفة: لا يجوز في القصاص. ونقل الناصحي عن أبي بكر الرازي في القصاص: ينبغي أن يجوز لأن وليّ القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز، فكذا إذا حكم فيه لأنه من حقوق بني آدم. وتوجيه المصنف بأنهما لا ولاية لهما على دمهما ولذا لا يملكان الإباحة: يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يحل للآخر قتله لا يدفعه، وهذا لأن المقضى عليه هو الأصل في التحكيم، والآخر: أعني الطالب تبع فكون أحدهما وهو الذي تحكيمه ليس الأقوى يملك أن يستوفيه لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر، والآخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه. وفي الفتاوى الصغرى: حكم المحكم في الطلاق والمضاف ينفذ لكن لا يفتى به. وفيها: روي عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا، وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى

قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يرده. قال: **(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الخ)** لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها، وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ، قال شمس الأئمة: من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز. وذكر في الذخيرة عن صلح الأصل أن التحكيم في القصاص جائز لأن الاستيفاء إليهما وهما من حقوق العبادة فيجوز التحكيم كما في الأموال. وذكر الخصاف أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص، واختاره المصنف واستدل بقوله لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الإباحة، وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود. وقالوا في ذلك: لأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات، وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف قوله: **(وقالوا)** أي قال المتأخرون من مشايخنا **(وتخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات)** كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا **(وهو صحيح)** لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك، قال شمس الأئمة الحلواني: مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها، وكان يقول: ظاهر المذهب أنه يجوز إلا أن الإمام الأستاذ أبا عليّ النسفي كان يقول: يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا. وإن حكماه في دم خطأ لا ينفذ إلا في صورة لأنه إما أن يحكم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل، فإن كان الأول

قوله: **(وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما الخ)** أقول: كالبيع فإنه لا يفسخ إلا باتفاق المتبايعين. ففي الجواب كلام قال المصنف: **(وإذا رفع حكمه إلى القاضي مذهبه أمضاه)** أقول: فعلى هذا حكم المحكم بلزوم الوقف على مذهبهما في ديارنا يمضيه الحاكم الحنفي بهذا الدليل بعينه إذ الفتوى على قولهما والمأخوذ على القضاة الحكم بالأصح.

تحكيم من جهتهم. ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضاً إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله **(ويجوز أن يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالإقرار)** لأنه حكم موافق للشرع، ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله

فقيها عدلاً فأفتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها. وروي عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه إذا استفتى أوّلاً فقيهاً فأفتاه ببطلان اليمين وسعه إمساك المرأة فإن تزوّج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملاً بفتواهما. وفي الذخير: فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثاً فبعث القاضي إلى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وببطلان الثلاث يجوز، وكذا لو حكما يجوز، ولا يفتى به لما مر: يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوّام: يعني على هدم المذهب. قال: وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث إلى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز. ثم قال المصنف **(ولو حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لأنه لا ولاية له على العاقلة إذا لم يحكموه، وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله)** فإن القاضي **(يرده ويقضي)** بما هو الحق وهو كونه **(على العاقلة لأنه مخالف لرأيه وللنص)** وهو حديث حمل بن مالك **(إلا إذا ثبت القتل)** وهو قتل الخطأ **(بإقراره)** فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل، لأن العواقل لا تعقل القتل الثابت بالإقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لأن إقراره لا ينفذ في حقهم إذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجبت الدية في ماله، وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات إن كنت بحيث لا تعقلها العاقلة، بل تجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمداً، وإن بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لأنه يخالف الشرع، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها أصلاً لأنه إن قضى على الجاني خالف الشرع، وعلى العاقلة لا يجوز لأنهم لم يحكموه قوله: **(ولو أخبر)** يعني المحكم لو قال: لأحدهما أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت بهذا فأنكر المقضى عليه أن يكون أقرّ وأقام البينة لم يلتفت إلى قوله ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقياً لأن الحكم ما دام تحكيمهما قائماً كالقاضي

لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم، وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين، وإن كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه يخالف رأيه ومخالف لنص حديث حمل بن مالك: «قوموا فدوه» كما سيأتي في كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى قوله: **(إلا إذا ثبت)** استثناء من قوله رده القاضي: أي رد قضاءه بالدية في ماله إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله، وأما أروش الجراحات فإن كانت بحيث لا تتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كان دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمداً وقضى على الجاني جاز لأنه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعداً وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلاً، لأنه إن قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع، وإن قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه قوله: **(ويجوز أن يسمع البينة)** يعني أنه لما صار حكماً عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة **(ويقضي بالنكول وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع، وإذا أخبر المحكم بإقرار أحد الخصمين)** بأن يقول لأحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا **(أو بعدالة الشهود)** مثل أن يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقضى عليه أن يكون أقرّ عنده بشيء أو قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت إلى قوله وقضى القاضي ونفذ لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك **(إذا كان على تحكيمهما)** فيملك الإخبار كالقاضي المولى إذا قال في قضائه

قوله: **(وثبت ذلك بالإقرار والنكول)** أقول: فيه أنه إذا ثبت بالبينة يكون في مال الجاني أيضاً فلا وجه للتقييد بالإقرار والنكول

قوله: **(وقد ألزمتك ذلك الخ)** أقول: إنشاء الإلزام والحكم أيضاً.

لأن الولاية قائمة ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل **(وحكم الحاكم لأبويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء)** وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء، ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأي، والله أعلم بالصواب.

المقلد، ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت إنكار إلى المقضى عليه، فكذا الحكم إلا أن يخرجه المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد أن قام من المجلس لأنه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضي إذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا **(وحكم الحاكم)** سواء كان قاضياً أو محكماً **(لأبويه وولده وزوجته)** وكل من لا تقبل شهادته له **(باطل لمكان التهمة)** بخلاف بما إذا حكم عليهم يجوز لانتفائها قوله: **(ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأن الحكم أمر يحتاج فيه إلى الرأي)** وإنما رضي الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان في إخبارهما عن الحكم إذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه حتى يشهد على ذلك غيرهما، ولو شهد الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعي الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجز لأنهما ما حملاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما. وإذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبداً وحراً لم يجز، ولو حكم مسلم ومرتد رجلاً فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو أمر الإمام رجلاً بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي، ولو أمر القاضي رجلاً لم يجز إلا بإذن الإمام إلا أن يجزيه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم، ولو حكما رجلاً فأخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازه جاز، وليس للحكم أن يفوض إلى غيره، ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجاز القاضي لم يجز إلا أن يجيزاه بعد الحكم، وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الأول إذا أجاز فعل الوكيل الثاني، ولو حكما واحداً فحكم لأحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزاً عنده وإن كان جوراً أبطله، وكتاب الحكم إلى القاضي وقلبه يجوز، فإن كتب إليه قاض فرضي به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب.

لإنسان قضيت عليك لهذا بإقرارك أو ببينة قامت عندي عفي ذلك **(فإنه يصدق في ذلك)** ولا يلتفت إلى إنكار المقضى عليه فكذا هاهنا **(وإن أخبر بالحكم)** مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا **(لم يصدق)** لأنه إذا حكم صار معزولاً ولا يقبل قوله إني حكمت بكذا كالقاضي المولى إذا قال بعد عزله حكمت بكذا **(وحكم الحاكم لأبويه وولده وزوجته باطل)** لأن أهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم **(ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأن الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة، فكذلك القضاء. وإذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج إلى الرأي)** فلو حكم أحدهما لا يجوز لأنهما إنما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المثنى، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لأنهما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه.

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال: (**وإذا كان علوّ لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوّة عند أبي حنيفة رحمه الله**) معناه بغير رضا صاحب العلو (**وقالا: يصنع ما لا يضرّ بالعلو**) وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوّه. قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا خلاف. وقيل الأصل عندهما الإباحة

مسائل منثورة من كتاب القضاء

قوله: (**وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوّة عند أبي حنيفة رضي الله عنه: أي بغير رضا صاحب العلوّ**) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعاً، والاتفاق على أن ليس له أن يهدم سفله لما فيه إبطال حق صاحب العلو في سكناه العلو قالا: **يصنع ما لا يضرّ بالعلو، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه**) أي يضع عليه جذعاً أو يشرع كنيفاً. والكوة بفتح الكاف[1]. ويقال: وَتِدَ وَتْداً يَتِدُهُ مِنْ بابِ ضربه[2] قيل: (**ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة**) لأنه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه (**فلا خلاف**) بينهم (**وقيل**) بل بينهم خلاف وهو في محل وقوع الشك، فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقاً، وما فيه شرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقاً وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع، لأن (**الأصل**) فيه (**الإباحة لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع**) لأن اليقين يزال بالشك، كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز، ولو كاتب نصيبه لا يجوز، وللشريك حق فسخه (**وعنده الأصل الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير**) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقاً، وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستأجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه. وذكر شيخ الإسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر بالسفل رواية واحدة. وقال شيخ الإسلام أيضاً: إذا أشكل تصرف صاحب العلو وهل يضرّ بالسفل أو لا يملكه

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى: أي متفرقة من شتت تشتيتاً: إذا فرق. ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكاً لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو منثورة أو متفرقة. قيل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها إلى آخر كتاب القضاء. ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرحم وإنه لجدير بالتأخير لا محالة (**وإذا كان علوّ لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ولا أن ينقب فيه كوّة بغير رضا صاحب العلوّ**) وليس لصاحب العلوّ أن يبني على علوّه ولا أن يضع عليه جذعاً لم يكن له ولا يحدث كنيفاً إلا برضا صاحب السفل (**عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: جاز لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضرّ به، وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله**) يعني أن أبا حنيفة إنما منع عما منع إذا كان مضراً، وأما إذا لم يكن مضراً فلا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلاً مجمعاً عليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه (**وقيل**) ليس ذلك بتفسير له وإنما (**الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والملك يقتضي الإطلاق**) فلا يمنع عنه إلا بعارض الضرر، فإذا لم يكن ضرر لم يمنع (**بالاتفاق، و**) إنما تظهر ثمرة الخلاف (**إذا أشكل**) فعندهما (**لم يجز**

مسائل شتى من كتاب القضاء

قوله: (**مسائل شتى: أي متفرقة من شتت تشتيتاً**) أقول: بل من شت يشت شتاً وشتاتاً وشتيتاً: إذا فرق وافترق.

---

(١) الكُوَّة: ثقبُ البيت والجمع كوىً وقد يضم الكاف في المفرد والجمع اهـ مغرب.
وفي المصباح: الكُوَّةُ: تُفتح، وتُضم الثقبة في الحائط. وجمع المفتوح: كَوَّات. وجمع المضموم: كُوَىً.

(٢) الوتَدِ: بكسر التاء في لغة الحجاز وهي الفصحىٰ. وفتح التاء لغة، وهي من باب وعد. اهـ مصباح بتصرف.

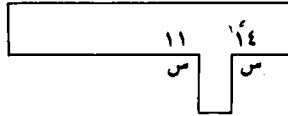
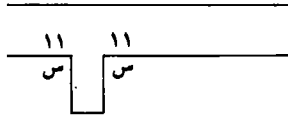
لأنه تصرف في ملكه والملك يقتضي الإطلاق والحرمة بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والإطلاق بعارض، فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلوّ من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه.

بالاتفاق. وقال الصدر الشهيد: المختار أنه إذا أشكل لا يملكه، وإذا لم يضر يملكه. وذكر قاضخيان: لو حفر صاحب السفل في ساحته بئراً وما أشبه ذلك، عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر، وعلمت أن ليس لصاحب السفل هدمه، فلو هدمه يجبر على بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو، كالراهن إذا قتل المرهون والمولى إذا قتل عبده المديون، وهذا أصل كلي، كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوّع لأنه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهر بينهما امتنع أحدهما عن كريه وكري الآخر، أو سفينة تتخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبد مشترك جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر، وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعاً كعلو الرجل وسفل لآخر وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعاً لأنه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه إياه مضطراً ليصل إلى حقه، وإذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته. واختلف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع، والصحيح وقت البناء. وإما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا إذا كان يمكنه قسمة الساحة ليبني في نصيبه. وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال: وذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق، وهذا عندي في غاية الحسن إذا كان بقضاء. ويجب أن لا يضمن لو علا بناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر، أما إذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فإنه إذا بنى لا يكون متطوعاً، وكذا إذا انهدم بعضه لأنه لا يمكن الانتفاع بنصيبه إلا ببنائه فلا يكون متطوعاً. وفي فتاوى النسفي: دار لجارين سطح إحداهما أعلى ومسيل ماء العليا على الأخرى فأراد صاحب السفل أن يرفع سطحه أو يبني عليه له ذلك وليس للجار منعه، ولكن يطالبه بتسييل مائه إلى طرف الميزاب. وإذا انهدم السفل أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكلفه العمارة لأجل إسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى. فرق بين حق التعلي وبين حق التسييل حيث لو هدم في الأول يجبر على البناء، ولو هدم في الثاني لا يجبر. وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباني أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنياً. وفي الأقضية: حائط مشترك أراد أحدهما نقضه وأبى الشريك؛ إن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر، وإن كان بحيث يخاف عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر، وإن هدماه وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخران كان أسّ الحائط عريضاً يمكنه أن يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك، وإن كان لا يمكن يجبر

المنع) لأنّ الإطلاق بيقين واليقين لا يزول بالشك **(والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو)** صاحب العلو لأن قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقاً، وتعلق حق الغير بملكه يمنع المالك من التصرف كما منع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر **(والإطلاق بعارض)** وهو الرضا به دون عدم الضرر فتأمل **(فإذا أشكل لا يزول المنع)** لما ذكرنا قوله: **(على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه)** استظهار على المنع لإفادة ما قبله ذلك.

قوله: **(وإنما تظهر ثمرة الخلاف)** أقول: فيه بحث قوله: **(إذا أشكل)** أقول: كهذه الأشياء المذكورة قوله: **(وهو الرضا به دون عدم الضرر)** أقول: وفيه بحث يظهر بملاحظة السياق؛ ألا يرى أن المراد إشكال الضرر وعدمه. قال الزيلعي: وهو عدم الضرر بيقين انتهى. الباء متعلق بالعدم لا بالضرر قوله: **(فتأمل)** أقول: كتب في هامش الكتاب نقلاً عن خط الشارح ما هو صورته: أمر بالتأمل تنبيهاً على أن العدم أمر لا ثبوت له ليعرض، ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجوداً وعرض العدم وليس كذلك انتهى. وأقول: يجوز أن يكون إطلاق العارض عليه من باب المشاكلة.

قال: **(وإذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى)** لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصاً حتى لا يكون لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة، بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة. قيل المنع من المرور لا من فتح

كذا عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى. وتفسير الجبر أنه إن لم يوافقه الشريك وأنفق على العمارة رجع على الشريك بنصف ما أنفق إن كان الحائط لا يقبل القسمة. وفي شهادات فتاوى الفضلي: لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر، ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه إن فعل ذلك بقضاء القاضي، وإن كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى. فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما إذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما إذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري. فليكن هو المحمل، وهذا لأنه لما كان مضطراً في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطراً في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع بالقيمة، ولو كان الحائط صحيحاً فهدم أحدهما بإذن الشريك لا شك أنه يجبر الهادم على البناء إن أراده الآخر كما لو هدماه وإن هدمه بغير إذن الشريك. وفي كتاب الحيطان: رجل أراد أن يهدم داره ولأهل السكة ضرر لأنه يخرب السكة المختار أنه يمنع، فلو هدم مع هذا وأنه يضر بالجيران إن كان قادراً على البناء يجبر على البناء، قيل والأصح أنه لا يجبر. وفي كتاب الغصب من الخلاصة: رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن قوله: **(وإن كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة)** يعني المنشعبة **(فليس)** لأحد من **(أهل الزائغة الأولى)** إذا كان له جدار في الزائغة المنشعبة أن يفتح في جداره ذلك باباً في الزائغة المنشعبة، وهذه صورتها:

والذي يمكنه أن يفتح باباً في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية، وإنما قلنا ليس له ذلك لأن فتحه للمرور لا حق لأهل الزائغة الأولى في المرور في الزائغة القصوى بل هو لأهلها على الخصوص، ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لأهل الأولى شفعة فيها، بخلاف أهل القصوى فإن لأحدهم أن يفتح باباً في الأولى لأن له حق المرور فيها، و**(بخلاف النافذة فإن المرور فيها حق العامة)** ولا خلاف أن له أن يفتح. قال بعض المشايخ: لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لأن فتح الباب رفع بعض جداره، وله أن يرفعه كله فكذا له أن يرفع بعضه، والأصح أن يمنع من الفتح لأن منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع، ولأن المنع بعد الفتح لا يمكن إذا لا يمكن مراقبته ليلاً ونهاراً في الخروج فيخرج، ولأنه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقاً في المرور، ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب ممهد لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب **(ولو كانت)** المنشعبة **(مستديرة فلهم أن يفتحوا لأن لكل منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة)** غاية الأمر فيها اعوجاجاً **(ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها)** وهذه صورتها:

قال: **(وإذا كانت زائغة مستطيلة الخ)** سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة: ليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى لأن فتح الباب للمرور، ولا حق لهم في المرور لأن المرور فيها

الباب لأنه رفع بعض جداره. والأصح أن المنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة. ولأنه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب **(وإن كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا)** باباً لأن

وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد إنسان: يعني من أهله أن يتخذ طيناً إن ترك من الطريق قدر الممر لناس ويرفعه سريعاً ويفعل في الأحايين مرة لا يمنع منه، وكذا لو أراد أن يبني آرياً أو دكاناً وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة، ولو استأذن رجلاً في وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الآذن داره للمشتري أن يأخذه برفعها إلا إذا شرط بقاءها عن البيع، وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري أن يطالبه بإزالتها إلا إذا شرطها، ولو أن لرجل حائطاً ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل إليه إلا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فأراد أن يدخل ليبّل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار أو له مجرى ماء في داره فأراد حفرة وإصلاحها ولا يمكن إلا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له إما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بماله أو تفعل بمالك، كذا روي عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث. وفي وقف النوازل: دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجه لا يضر بصاحبه، وأن يتوضأوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن، ولو حفر الأرض يؤمر أن يسويها فإن نقص الحفر يضمن النقصان، وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ، غير أن في الطريق لا يضمن نقصان الحفر. وفي أول القسمة الأصل قبيل باب قسمة الدار: رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أي يبنيها ويرفع بناءها وأراد الآخر منعه وقال تسد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماماً أو تنوراً، وإن كف عما يؤذي جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك. ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه باباً أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه، ولصاحب الساحة أن يبني في ملكه ما يستر مهبه. ولو اتخذ بئراً في ملكه أو كرياساً أو بالوعة فنزّ منها حائط جاره وطلب جاره مه تحويله لم يجبر عليه، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن. هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية. وحكي عن أبي حنيفة أن رجلاً شكا إليه من بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في

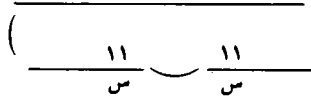
لأهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لأحد أن يفتح باباً بغير إذنهم، فكذا هذا؛ ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لأهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لأن تلك السكة لهم خاصة، بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة. ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأن الفتح رفع بعض جداره. وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى، ولهذا لو فتح كوّة أو باباً للاستضاءة دون المرور لم يمنع، والأصح أنه يمنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة، ولأنه إذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع، وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائغة الأولى غير نافذة، وقد سرح بذلك الإمام التمرتاشي والفقيه أبو الليث، إلا إذا جعلت الضمير موضوعاً موضع اسم الإشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالاً من الزائغتين جميعاً لأن الإشارة بذلك إلى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى: ﴿قل أرأيتم إن أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من إله غير الله يأتيكم به﴾ أي بذلك على أحد الوجهين، وإن كانت الزائغة

قوله: **(فيجوز أن يكون حالاً الخ)** أقول: الجواز لا يستلزم الدلالة، ففي اتصال الاستثناء تأمل قوله: **(لأن الإشارة بذلك إلى المثنى والجمع صحيحة)** أقول: يعني أن الإشارة بلفظ ذلك إلى المثنى والجمع صحيحة بتأويل ما ذكر.

الكل واحد منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها.

دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل، فحبست البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة، وبذلك كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني. وفي مضاربة النوازل: لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون على الرعاة ليس لهم في الحكم منعه، وبه قال الشافعي وأحمد. ولو حفر في داره بئراً فنزّ منها حائط جاره ليس له منعه. قال في فصول العمادي نقلاً عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك، وذكر غيره تمسكهم بقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»[1] والوجه لظاهر الرواية لأن صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة إذا سدّ الهواء بالبناء فإنما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكاً ولا منفعة، فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد قطعها لا يمنع من ذلك وإن تضرر به الجار يمنعه من ذلك الانتفاع، وتصير هذه المسألة رواية في مسألة لا رواية لها في الكتب، وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها. وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين. قال في الفتاوى الصغرى: إن كانا في القديم بسقف واحد للآخر أن يمنعه، وإن كان بسقفين فليس له منعه، قال: وحد القديم أن لا تحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان. قال في الخلاصة: فلو أقام أحدهما البينة على أنه قديم والآخر على أنه محدث فبينة القديم أولى، قال: ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا. قال في الذخيرة: ينبغي أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسألة لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى. وعلى تقدير الفرق فالفرق أن في هذه المسألة وهي مسألة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الأصلية، وفي مسألة الأصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى. وأما قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»[2] فلا شك أنه عام خصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواظبة طبخ ينتشر به دخان قد ينحبس في خصوص أماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصاً إذا كان فيهم مريض يتضرر به، وكما أريناك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن

القصوى مستديرة قد لزق طرفاها: يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أيّ موضع شاء، لأنها سكة واحدة إذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها، ولهذا يشتركون في الشفعة إذ بيعت دار منها بهذه الصورة:

---

(١) جيد. أخرجه ابن ماجه. ٢٣٤ وأحمد ٥/ ٣٢٦، ٣٢٧ كلاهما من حديث عبادة من الصامت وفيه ضعف لجهالة إسحاق بن يحيى. وأخرجه ابن ماجه ٢٣٤١ وأحمد ١/ ٣١٣ من حديث ابن عباس.

وكذا الدارقطني ٤/ ٢٢٨ وزاد «للجار أن يضع خشبته على جدار جاره وإن كره...» وورد من حديث أبي سعيد الخدري أخرجه الدارقطني ٣/ ٧٧ والحاكم ٢/ ٥٧، ٥٨ والبيهقي ٦/ ٦٩ وصححه الحاكم وسكت الذهبي! وورد من حديث أبي هريرة أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٢٨ وكذا أخرجه من حديث عائشة وقد رواه مالك مرسلاً ٢/ ٧٤٥ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرفوعاً وأخرجه أحمد ١/ ٣١٢ من حديث ابن عباس: لا ضرورة في الإسلام. وورد من حديث جابر رواه الطبراني كما في المجمع ٤/ ١١٠ وقال الهيثمي: فيه ابن إسحاق وهو ثقة اهـ فهو جيد بمجموع طرقه.

(٢) هو المتقدم.

قال: **(ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على**

يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدي إلى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش. وفي الذخيرة: حكي عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار إذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبني فيها تنوراً للخبز الدائم أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع منه لأنه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشاً. قيل وأجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك. والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقاً لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره، لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضرراً فاحشاً كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سبباً للهدم وما يوهن البناء سبب له أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه. وأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الإنسان كما ذكرنا قريباً، ومنه ما ذكر أبو الليث في فتاواه: حجرة سطحها وسطح جاره متساويان فأخذ جاره حتى يتخذ حائطاً بينه وبين جاره ليس له ذلك، فلو أراد أن يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة، إن كان صعد يقع بصره في دار جاره له المنع، وإن كان لا يقع لكن يقع إذا كانوا على السطح ليس له المنع. قال في فصول العمادي: وعلى قياس المسألة المتقدمة وهي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوّة ينبغي أن يقال في هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وإن كان بصره يقع في دار جاره، ألا ترى أن محمداً رحمه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوّة في علوه مع أن بصره يقع في الساحة، والمراد من قوله يأخذ جاره ببناء السترة أن يشاركه في بنائها لا أن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان: دار بين رجلين قسماها وقال أحدهما نبني حاجزاً بيننا ليس على الآخر إجابته، وإن كان أحدهما يوذي الآخر بالاطلاع لعيه كان للقاضي أن يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعله القاضي للمصلحة. ونظيرها في فتاوى أبي الليث: رجل في داره شجرة فرصاد[1]، فإذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه إذا رآه. قال في الذخيرة: وعلى قياس مسألة فتح الكوّة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى. ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال: المختار أن المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستروا أنفسهم لأن هذا جمع بين الحقين قوله: **(ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى)** ونقل في النهاية عن بعضهم أنه أراد بالدعوى مقداراً معيناً كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فإنها لا تصح مع جهالة المدعى به. ونقل عن والد ظهير الدين أنه كان يقول: الصلح عن الدعوى إنما يصح إذا كانت صحيحة، لأن الصلح إنما يصح لافتداء اليمين واليمين إنما تتوجه إذا صحت الدعوى. قال: وهذا يكشل على قول أبي حنيفة، فإنه لو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فصالحته على مال دفعته إليه صح أن اليمين لا تتصور في النكاح عنده، فالحق أن المصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح، ولذلك قال المصنف **(والمدعي وإن كان مجهولاً فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تفضي إلى المنازعة)** يعني وهو المانع قوله: **(ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت)** يعني ذكر وقتاً عينه

قال: **(ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ)** دار بيد

(١) الفِرْصاد: قيل هو شجر التوت الأحمر. وقال أبو عبيد: هو التوت. وقال الليث: الفِرْصاد شجر معروف وأهل البصرة يسمون الشجرة فرصاداً وحملها التوت اهـ مصباح.

قلت: وقول: شجر التوت الأحمر. أظنه ما يسمى بـ: التوت الشامي. والله أعلم.

الإنكار) وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى، والمدعي وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تفضي إلى المنازعة على ما مرّ.

كقوله منذ شهر وسلمها إليّ فملكتها وهي الآن في يده وأطالبه بدفعها إليّ فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لأنه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عني فاشتريتها منه وأقام بينة فشهدوا وأرخوا وقتاً قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة **(لا تقبل لظهور التناقض)** بين الدعوى والبينة، لأن الدعوى أن الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بأنه قبل الهبة وبين نفس أجزاء الدعوى لأنه بمقتضى البينة.

وقوله كأنه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضاً **(ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق)** الذي وفقه **(ولو ادعى الهبة)** يعني وأرّخ فطولب بالبينة **(فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها)** توفيقاً **(لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ)** كأنه يريد نسخ الأصل **(لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب عندها، ودعوى الشراء رجوع منه فعدّ مناقضاً بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرر ملك الواهب عندها)** أي عند الهبة، ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخاً بعد الهبة لإمكان الحمل على ما ينتفي به التناقض، وهذا على إحدى الروايتين في تصحيح الدعوى إذا أمكن التوفيق وإن لم يوفق المدعي. وشاهده ما ذكر في رجل ادّعى داراً في يد رجل أنها داره اشتراها من أبيه في صحته وهو ينكر وأقام المدعي على ذلك بينة ولم تزك أو لم تقم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة أنها داره ورثها من أبيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الإرث تناقضاً، ولو ادعى الإرث من الأب أوّلاً ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لإمكان التوفيق في الأول، بخلاف الثاني. قال شيخ الإسلام إذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وإن لم يدع المدعي التوفيق. وفي دعوى المبسوط إشارة إلى أنه لا تقبل بينة إلا أن يوفق المدعي، فكان التوفيق من المدعي شرطاً في رواية وليس شرطاً في أخرى. وفي المحيط: قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعي قياس، وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان. فإن قيل: ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لأنه يدعي شراء ما ملكه بالهبة والتسليم. أجيب بأن سائر العقود تنفسخ بالتجاحد إلا النكاح، وهنا كذلك فإن الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحده، وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضي بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما، فإذا اشترى هو ذلك فقد

رجل ادعى عليه آخر أن له فيها حقاً. وأنكر ذو اليد ثم صالح منها جازالصلح وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسيأتي الكلام فيه في الصلح إن شاء الله تعالى. فإن قيل: **(كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى؛ ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئاً لم تصح دعواه. أجاب بأن المدعي وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة)** والمانع منها ما أفضى إليها. ولقائل أن يقول: جهالة المدعي إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أو لا، فإن كان الثاني صح دعوى من ادعى على إنسان شيئاً لكنها لم تصح، ذكره في النهاية ناقلاً من الفوائد الظهيرية وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعي لكنه صحيح. والجواب باختيار الشق الأول، ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأنه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب أن الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه إزالة الفساد بإعلام مقدار مما يدعي فلا يكون رده مفيداً قال: **(ومن ادّعى داراً في يد رجل الخ)** إذا ادّعى

قوله: **(فإن قيل: كيف يصح الصلح الخ)** أقول: الأنسب أن يقرر السؤال الأول هكذا: كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي جهالة مفسدة لسائل العقود فيفسد الصلح أيضاً. ويجاب بأن المفسدة هي الجهالة المفضية إلى النزاع، وهذه ليست كذلك لأنها جهالة في الساقط، وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الأول، بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالتأمل الصادق قوله: **(لجهالة المدعي)** أقول: فلا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين على المدعى عليه حتى يفتدي بالصلح على ما سيجيء قوله: **(لأنه لقطع الشغب)** أقول: ولا يلزم أن يكون لافتداء اليمين على ما كتبناه من النهاية ومعراج الدراية في الهامش.

قال: **(ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته)** لظهور التناقض إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها، ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق، ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب عندها، ودعوى الشراء رجوع عنه فعدّ مناقضاً، بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرر ملكه عندها **(ومن قال**

اشترى مالاً يملكه قوله: **(ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها ل)** وجهين أحدهما **(أن المشتري لما جحد كان فسخاً من جهته إذ الفسخ يثبت بالجحد كما إذا تجاحدا)** معاً حيث ينقسم قطعاً **(فإن عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ)** وأورد عليه أن مجرد العزم لا يحصل به الفسخ؛ ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ. الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من إمساكها أو نقلها إلى بيته، فإن إمساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتاً به دلالة كمن قال لآخر أجرتك هذه الدابة يوماً بكذا لتركبها إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها 'ان ذلك قبولاً دلالة، لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول. وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم، وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية. وبنى في الفوائد الظهيرية عليه فرعاً ذكره في الجامع: اشترى عبداً ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولا بينة له فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول وأراد رده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني، فإن كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرده، أو قبله فلا لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني،

داراً في يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلاً وسلمها إليه وإنما ملكه بطريق الهبة والتسليم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء لأني طلبت منه فجحدني الهبة فاضطررت إلى شرائها منه فاشتريتها منه وأشهدت عليه وأقام البينة على الشراء، فإن شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين: أحدهما من حيث أن المدعي ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدني الهبة فاشتريتها منه، والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى. والثاني من حيث الدعوى نفسها إن ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لأنه حينئذ يكون قائلاً وهب لي هذه الدار وكانت ملكاً لي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء، وإن شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق. ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله: أي قبل عقد الهبة أو وقتها، وفي بعضها قبلها: أي قبل الهبة، وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده، ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل أيضاً لأن دعوى الهبة إقراراً منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعدّ مناقضاً. وأما إذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لأنه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض. قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضاً لأنه ادعى شراء باطلاً لأنه ادعى شراء ما ملكه بالهبة. وأجيب بأنه لما جحد الهبة فقد فسخها من الأصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحاً، قال: **(ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية الخ)** رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكره إن أجمع على ترك الخصومة: أي عزم بقلبه، وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه وسعه: أي حل له أن يطأ الجارية لأن المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخاً من جهته إذ الفسخ يثبت به لأن الجحود إنكار للعقد من الأصل والفسخ رفع له من الأصل فيتلاقيان بقاء فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فإنه يجعل فسخاً لا محالة، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين. قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح

قوله: **(إن ثبت موجب الشهادة)** أقول: وجعلناه مدعياً على وفقها قال المصنف: **(بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة)** أقول: المراد هو الدعاء الثابت بموجب الشهادة تأمل.

لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها لأن المشتري لما جحده كان فسخاً من جهته). إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحدا فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ، وبمجرد العزم إن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه.

وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوّج، والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب. الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي، وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريباً قوله: **(ومن أقرّ)** هنا مسائل الإقرار بالقبض ومسائل الإقرار بالدين، أما مسائل القبض ما إذا أقرّ **(أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق. وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضاً القبض)** يعني أقرّ أنه قبض من مديونه بدين قرض اقترضه أو ثمن مبيع أو بدل إجارة أو قال غصبت منه أو أودعني ألف درهم ثم قال إلا أنها زيوف أو نبهرجة أو قال بعد نعم هي زيوف أو نبهرجة يصدق في الوصل والفصل. وفي المبسوط: أقرّ الطالب أنه قبض مما له على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفاً فالقول قوله وصل أم فصل، وإطلاق المصنف قوله صدق يفيده، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ بالدين. في المبسوط في باب الإقرار بالدين: لو قال لفلان عليّ ألف درهم من ثمن مبيع أو قرض أو إجارة إلا أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة. وعندهما يصدق إن وصل لا إن فصل. ولو قال لفلان عليّ ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ: هو على الخلاف أيضاً لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى الالتزام بالتجارة إذ هو اللائق بحال المسلم. وقيل يصدق هنا إذا وصل بالاتفاق لأن صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة، فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة، وتأتي الحجج إن شاء الله تعالى من الجانبين. وقال الشافعي وأحمد: إذا فصل لا يقبل في جميع الصور لأنه كما ذكر العشرة فهم الجياد. وقوله هي زيوف رجوع عما أقرّ به. قلنا: في

وعزمت على ترك الخصومة أن تتزوج بزوج آخر إقامة لهما مقام الفسخ، لكن ليس لها ذلك. وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع. فإن قيل: مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فإن العقد لا ينفسخ بمجرده تنزل المصنف في الجواب فقال: وبمجرد العزم إن كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة إلى بيته وما يضاهيه كالاستخدام، لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة، وبه يندفع ما قال زفر إنه لا يحل له وطؤها لأن البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لأن التقايل موجود دلالة قوله: **(ولأنه)** دليل آخر فإن المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه، ولما تعذر فات رضا البائع، وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخاً على ما مرّ. والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الأول مترتباً على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخاً من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع. وفي الثاني يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده. قال: **(ومنْ أقرّ أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ)** ومن أقرّ

قوله: **(تنزل المصنف في الجواب الخ)** أقول: في العبارة تسامح قوله: **(لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ)** أقول: فيه شيء حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهيه، والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيهه غير خفي.

قوله: **(لفوات ركن البيع)** أقول: فيه بحث لأن الرضا شرط إلا أن يجعله ركناً مجازاً قوله: **(أو ثمن سلعة)** أقول: فيه بحث قوله: **(ثم قال إنه زيوف)** أقول: أي المقبوض زيوف قوله: **(دل على ذلك الخ)** أقول: أي على استوائهما، فإنه إذا صدق في قوله مفصولاً على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولاً بالطريق الأولى قوله: **(لو أقرّ بالجياد وهو حقه أو بحقه)** أقول: قوله أو بحقه معطوف على قوله بالجياد.

قال: **(ومن أقرّ أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق)** وفي بعض النسخ اقتضى، وهو عبارة عن القبض أيضاً. ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة، ولهذا لو تجوّز به في الصرف والسلم جاز، والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه، بخلاف ما إذا أقرّ أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحاً أو دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لأنه ليس من

مسألتنا إنما أقرّ بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد، لأن اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهرجة، فإذا قال هي زيوف أو نبهرجة كان حاصله أنه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكراً أنه قبض حقه أعني الجياد، فيصدق مع يمينه إذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعاً عن شيء لأن الأعم يصدق على كل أخص، فإذا نفى أنه بعد ما صدق عليه بعينه وأنه مما صدقاته الأخرى لا يكون مناقضاً، بخلاف ما لو قال هي ستوفة أو رصاص لا يقبل لأنها ليست من جنسها فكان رجوعاً. وأما لو اعترف أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو

أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضاً أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال إنه زيوف صدق سواء كان مفصولاً أو موصولاً دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره. وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى هاهنا واحد والحكم فيهما سواء. ووجه ذلك أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة، بدليل أنه لو تجوّز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز، ولم لم يكن من جنسها كان التجويز استبدالاً وهو فيهما لا يجوز كما تقدم. فإن قيل: الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق وهو الجياد حملاً لحاله على ماله حق قبضه لا ما ليس له ذلك؛ ولو أقرّ بقبض حقه ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع منه، فكذا هذا. أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة، وقوله حملاً لحاله عى ماله حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لأنه دون حقه، وإنما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه، وإذا لم يكن القبض مختصاً بالجياد فالإقرار به لا يستلزم الإقرار بقبض الجياد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضاً بل هو منكر قبض حقه، والقول قول المنكر باليمين، والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم. وعلم من هذا أنه لو أقرّ بالجياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفاً أو نبهرجة لم يصدق لإقراره بقبض الجياد صريحاً في الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الجياد والثمن جياد الاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضاً. ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره، فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقرّ بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثاني: أعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضاً على القبيل الأول. قال صاحب النهاية: جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء. فإنه إذا أقرّ أنه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى أنها زيوف فإنه لا يصدق لا مفصولاً ولا موصولاً، وفيما بقي لا يصدق مفصولاً ولكن يصدق موصولاً. والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه أو حقي عليه جعل مقرّاً بقبض القدر والجودة بلفظ واحد، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح، كما لو قال لفلان عليّ ألف إلا مائة؛ فأما إذا قال قبضت عشرة جياداً فقد أقرّ

قال المصنف: **(أو استوفى)** أقول: معطوف على قبض الجياد، والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام قوله: **(فكان في دعواه الزيوف متناقضاً)** أقول: لو صح هذا ينبغي أن لا يصدق إذا وصل أيضاً. والجواب هو المنع قوله: **(ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره، فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه الخ)** أقول: قوله أنكر: أي في زعم السائل، وقوله أقر: أي دلالة. ثم أقول: قال العلامة الزيلعي: وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع متعين في البيع، فإذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضاً فلا يقبل كلامه، بخلاف ما نحن فيه فإن الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه، وإنما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة، فبالإقرار بقبضها لم يكن مقراً بقبض حقه. انتهى توضيح ما ذكره في دعوى العيب. وفيه بحث، لأنه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لأنه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض قوله: **(وليس الحكم فيها على السواء)** أقول: لأن قوله جياداً مفسر لا يقبل التأويل، بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل هكذا قيل قوله: **(والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه الخ)** أقول: ولا يخفى عليك أن دعواه كونها زيوفاً لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق.

جنس الدراهم، حتى لو تجوّز به فيما ذكرنا لا يجوز. والزيف ما زيفه بيت المال، والنبهرجة ما يرده التجار، والستوقة ما يغلب عليه الغش.

استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة، لأنه في هذا مقرّ بقبض الجياد صريحاً في الأول ودلالة فيما بعده لأن حقه والثمن، وكذا بدل الإجارة هي الجياد. قال في النهاية: جمع المصنف بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء، فإنه إذا أقرّ بقبض الجياد ثم ادعى أنها زيوف لا يصدق لا موصولاً ولا مفصولاً، وفيما بقي يصدق موصولاً لا مفصولاً. والفرق أن قوله قبضت مالي عليه أو حقي إقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولاً كما لو قال عليّ ألف إلا مائة. أما إذا قال قبضت عشرة جياداً فقد أقرّ بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة، فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل، كما إذا قال عليّ مائة درهم ودينار إلا ديناراً فإن الاستثناء باطل وإن كان موصولاً. فإن قيل: يجب أن لا يصح استثناء الجودة وإن دخلت تحت الإقرار بلفظ واحد لأن الجودة تبع للدراهم وصفة لها، واستثناء التبع موصولاً لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وإن كان موصولاً. قلنا: إنما لا يصح استثناء البناء لأنه دخل تحت اسم الدار تبعاً فلا يجوز إخراجه موصولاً. وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصوداً كالوزن لأنه أقرّ بقبض ما عليه، وكما عليه تسليم الوزن عليه الجودة فكانت داخلة تحت قوله ما لي عليه وحقي عليه مقصوداً لا تبعاً فيجوز استثناؤه موصولاً انتهى. وقال صاحب الدراية بد أن نقله: فيه نوع تأمل. وعندي أن التأمل يشده لا يرده، وكأنه والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من أنها تبع وصفة للدراهم والصفة أبداً تابعة للموصوف، وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصوداً. فحاصل ردّه

بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة، فإذا قال: إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل، كمن قال لفلان عليّ مائة درهم ودينار إلا ديناراً كان الاستثناء باطلاً. وإن ذكره موصولاً كذا هاهنا قوله: **(وفي الستوقة لا يصدق)** يعني لو ادعاها بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم، حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضاً في دعواه. قال صاحب النهاية: ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك. ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم، إن كان مفصولاً لم يسمع، وإن كان موصولاً لا يسمع. والستوقة أقرب إلى الدراهم من الرصاص، فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة أولى وكأن الاعتراضين وقعا لذهول عن التدقيق في كلام المصنف، فإن كلامه فيما إذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى فإنه للتراخي، ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة أنه إذا ادعاه لا تقبل مفصولاً، وأما أنه هل يقبل موصولاً أو لا لم يصرح بذكره اعتماداً على أنه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولاً ويقبل موصولاً، وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر. بقي الكلام فيما إذا أقرّ بالدراهم الجياد وادعى أنها زيوف فإنه لا يقبل مفصولاً ولا موصولاً كما تقدم. ويجاب عن ذلك بأن المنع هناك عن قبول الموصول إنما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر، لا من حيث أنه بيان تغيير إن صح ذلك عن الأصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف، فإنه ما عزاه إلى شيء من النسخ، وتمثيله باستثاء الدينار قد لا ينهض لأن الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكأنه لم يستثن، ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال: أي ردّه والنبهرجة بما يرده التجار، ولعله أردأ من الزيف، والستوقة ما يغلب عليه الغش، قيل هو معرب ستو وهي أردأ من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم.

قوله: **(وذكر أحد الجانبين)** أقول: يعني البيان مفصولاً قوله: **(فهم الجانب الآخر)** أقول: جواب لما قوله: **(وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر)** أقول: فيه ما مر قوله: **(لا يصح استثناؤه)** أقول: مطلقاً أو إذا كان دخوله في المستثنى منه تبعاً لا مقصوداً والثاني مسلم، ولا كذلك فيما نحن فيه والأول ممنوع.

قال: **(ومن قال لآخر لك عليّ ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء)** لأن إقراره هو الأول وقد ارتدّ برد المقر له، والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه،

على السائل أن ما يكون تبعاً في الوجود قد يكون مقصوداً للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصوداً من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعاً في الوجود له أو أصلاً مثله، وإنما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لأن غشها غالب، واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة إلى الغالب متعين. فإذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم إلا مجازاً، ولذا قيل هو معرّب سه طاقه: يعني ثلاث طاقات الطاق الأعلى والأسفل فضة، والأوسط نحاس، وهي شبه المموّه. وتعقب في النهاية إطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذاك إذا قال مفصولاً، أما في الموصول يجب أن يصدق لأنه قال في إقرار المبسوط: لو أقرّ أنه قبض خمسمائة درهم مما له على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق، لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة، وإن قال موصولاً فالقول قوله لأن الرصاص من الدراهم صورة وإن لم يكن منها معنى فكان بياناً مغيراً لظاهر كلامه إلى ما هو محتمل فيصح موصولاً ففي الستوقة أولى، لأن الرصاص أبعد منها إلى الدراهم. وذكر المحبوبي في جامعه مصرحاً فقال: فأما إذا قال وجدتها ستوقة أو رصاصاً قال شيخ الإسلام خواهر زاده: ذكر محمد أنه يصح إذا كان موصولاً، وقدمنا أن القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب أنها كانت جياداً في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أحلفه إذا اتهمته قوله: **(ومن قال لآخر لك عليّ ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء)** أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد إقراره، فلو عاد إلى تصديقه وادعى الألف لم يسمع منا، لا إن عاد المقر إلى الإقرار بها بعد رد المقرّ له فصدقه بعد الإقرار الثاني فإنه يثبت استحساناً لا قياساً، بخلاف ما لو أقرّ سيد العبد بنسبه لإنسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقرّ لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للرادّ أن يعود ويدعيه، فلما لم يبطل بالردّ بقي مقراً بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه **(ولو كان الإقرار بسبب المال مثل أن يقول اشتريت مني وأنكر، له أن)** يعود فـ **(يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ)** فإنكاره إن كان فسخاً من جهته لا يحصل به الانفساخ، وكان العقد قائماً بعد إنكاره فله أن يصدقه بعد ذلك **(أما المقرّ له)** بالمال **(فيتفرد بالرد فافترقا)** وناقضه في الكافي بأنه ذكر هنا أن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ، وفيما تقدم: يعني من مسألة التجاحد قال: ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى، وهو صحيح. ويقتضي أنه لو تعذر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولاً.

قال: **(ومن قال لآخر لك عليّ ألف درهم الخ)** اعلم أن الإقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمله، فإن كان الأول فإما أن يستقل المقرّ بإثباته أو لا، والأول يرتد برد المقر له مستقلاً بذلك كما أن المقر يستقل بإثباته، والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه، فعلى هذا إذا قال لآخر لك عليّ ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء. ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن المقرّ أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل بإثبات ما أقر به لا محالة، وقد رده المقر له فيرتد. وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مفيد لأنه دعوى فلا بدّ لها من حجة: أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقرّ ثانياً لزمه المال استحساناً. وإذا قال اشتريت مني هذا العبد فأنكر له أن يصدقه بعد ذلك لأن إقراره وإن كان بما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستقل بإثباته فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد: يعني المقر له لا يتفرد بالرد، كما أن المقر لا يتفرد بإثباته، والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق، بخلاف الأول فإن أحدهما يتفرد بالإثبات فيتفرد الآخر بالرد. قلت: إن عزم المقرّ على ترك الخصومة وجب أن لا يفيده التصديق بعد الإنكار، فإن الفسخ قد تم، ولهذا لو كانت جارية حلّ وطؤها كما تقدم، ويجوز أن يقال إن قوله ثم قال في مكانه إشارة إلى الجواب عن ذلك فإن العزم والنقل كانا دليل

قال المصنف: **(فلا بد من الحجة)** أقول: كيف تقبل حجته وهو مناقض في دعواه، تأمل في جوابه.

بخلاف ما إذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه، لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد، والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق، أما المقرّ له يتفرد برد الإقرار فافترقا.

[وهذه فروع ذكرها في النهاية] لو صدقه ثم ردّ إقراره لا يرتد. ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل، وكذا لو قبل المديون الإبراء ثم رده، وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لأنه إعتاق، هذا كله في ردّ المقرّ له إقرار المقرّ. فأما لو رد المقرّ إقرار نفسه كأن أقرّ بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد أن أقرّ بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا لفلان ثم قال هو لي وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذباً وأراد تحليف الدائن أنه أقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لأنه متناقض، فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالاً وأراد تحليفه لا يحلف، وعند أبي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن أحمد، لأن العادة جرت على هذه الأشياء قبل تحققها تحرزاً من امتناع القابض عن الإشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعي العادة، وصار كما لو أقر بالبيع وقال: كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه، كذا هذا. وقال الصدر الشهيد؛ الرأي في التحليف إلى القاضي يريد أنه يجتهد في خصوص الوقائع، فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقرّ وأشهد يحلف له خصمه وإن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه، وهذا إنما هو بالتفرس في الأخصام والله الهادي قوله: **(ومن ادعى على آخر مالاً)** معلوم القدر وما تصح به الدعوى **(فقال)** المدعى عليه **(ما كان لك عليّ شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بينته، وكذلك)** لو أقامها **(على الإبراء. وقال زفر لا تقبل)** ونقل عن ابن أبي ليلى **(لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب)** حيث قال ما كان لك عليّ شيء قط، فإذا أقام بينة على أنه قضاه ناقض **(ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي دفعاً للشغب)** وإن لم يكن عليه حق **(ويبرأ منه و)** لذا **(يقال قضى بباطل، و)** أيضاً **(قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي، وكذا لو قال ليس لك عليّ شيء قط لأن التوفيق أظهر)** لأنه نفى في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقاً لجواز القضاء أو الإبراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده، وهذا الإطلاق يقتضي قبول البينة إذا احتاج إلى التوفيق من غير دعوى التوفيق. وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق، ولم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الأقضية: لا ينبغي

الفسخ، وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية أن أحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ وذكر قبله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب، وذلك لأنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد، وهاهنا لما أقرّ المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وإن كان الثاني، كما إذا أقرّ بنسب عبده من إنسان فكذبه المقرّ له ثم ادّعاه المقر لنفسه فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالردّ وإن وافقه المقر على ذلك. قال: **(ومن ادعى على آخر مالاً الخ)** إذا ادعى على آخر مالاً فقال ما كان لك عليّ شيء قط، ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فأقام المدعي البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاه أو على الإبراء قبلت بينته. وقال زفر: وهو قول ابن أبي ليلى: إنها لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب، وقد أنكره فكان مناقضاً في دعواه، وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة. ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للخصومة والشغب؛ ألا ترى أنه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق، وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي، وكذا إذا قال ليس لك عليّ شيء والمسألة بحالها لأن التوفيق أظهر لأن ليس لنفي الحال، فإذا أقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً، قالوا: دلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه، واستدل الخصاف لمسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال: ألا ترى أنه لو ادعى

قوله: **(فإن العزم والنقل الخ)** أقول: النقل قد يكون بالأمر للغلام نفسه أو لغيره والآمر في مكانه.

قال: (**ومن ادعى على آخر مالاً فقال ما كان لك عليّ شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته**) وكذلك على الإبراء. وقال زفر رحمه الله: لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضاً. ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للخصومة والشغب؛ ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي، وكذا إذا قال ليس لك عليّ شيء قط لأن التوفيق أظهر (**ولو قال ما كان لك عليّ شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء**) وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين، أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة. وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضاً لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق.

قال: (**ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها**

للقاضي أن يوفق لأنه نصب لفصل الخصومات لا لإنشائها ولأن القاضي لا يدري ما يوفق به المدعي. وفي الفوائد الظهيرية: كان والدي يفتي بأن التوفيق إذا كان ممكناً يجب على الحاكم التوفيق كي لا تتعطل حجج الشرع. والتوسط في هذا أن وجه التوفيق إذا كان ظاهراً متبادراً يجب أن يسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك عليّ شيء ثم أقامها على أنه قضاه ونحوه، وإن كان متكلفاً لا يعتبره القاضي واقعاً ما لم يذكره المدعي، والله سبحانه أعلم. وذلك مثل قوله وهبها لي ثم أنكرها فاشتريتها، وكذا فيما يأتي في الجارية لم أبعها له ولكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فإن مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة. هذا (**فلو**) زاد على ذلك ف (**قال ما كان لك عليّ شيء قط ولا أعرفك**) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذ ولا إعطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو الإبراء (**لم تقبل**) لتعذر التوفيق (**وذكر القدوري**) عن أصحابنا (**أنها تقبل أيضاً لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق**) فعلى هذا قالوا يجب التفصيل، فإن كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته وإلا قبلت. وفي الشافي: لو قال لم أدفع إليه شيئاً ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع إليه شيئاً وقد دفعته، أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع، ولهذا لو صدّقه المدعي عياناً لا يكون مناقضاً ذكره التمرتاشي. وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة (**قوله ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة على شرائه**) إياها منه فقبضها (**فوجد بها أصبعاً زائدة**) أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم أنه كان في يد البائع وأراد ردها (**فأقام البائع بينة أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل. وعن أبي يوسف**

على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت، وكذا لو ادعى رقبة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وأنها أدت الألف إليه قبلت؛ ولو قال ما كان لك عليّ شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسألة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق إذ لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة. وذكر القدوري عن أصحابنا أنه أيضاً تقبل لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكناً. قالوا: وعلى هذا إذا كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل

قال المصنف: (**ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ**) أقول: يخالف لما سيأتي في الإقرار في تعليل كون قوله قضيتكها إقراراً قال المصنف: (**وكذا إذا قال ليس لك الخ**) أقول: لأن ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضاً في دعوى القضاء لا ظاهراً ولا حقيقة، بخلاف قوله ما كان لأنه لنفي الماضي فيكون مناقضاً من حيث الظاهر.

أصبعاً زائدة فأقام البائع البينة أنه برىء إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا. ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً، بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر.

أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين. وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية عنه، ولذا لم يذكر محمد فيه خلافاً بين أصحابنا في الجامع الصغير، وإنما حكاه الخصاف عن أبي يوسف رحمه الله. ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع، ولكنه لما ادعى عليّ البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني. قال شارح: ولأن البيع غير البراءة من العيب فجحود أحدهما لا يمنع دعوى الآخر، ولا يخفى ما فيه. وذكر في وجه التوفيق أيضاً أن يكون البائع وكيلاً عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعتها لك قط صدقاً فإقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضاً، والوجه أعم، لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك. ونظيره ما ذكر التمرتاشي: أقام بينة على الشراء وذو اليد ينكر، ثم أقام المنكر بينة على أن المدعي قد رد البيع قبلت، ولا يبطل إنكاره البيع بينته لأنه يقول أخذها مني ببينة كاذبة ثم استقلته فأقالني، **(ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً، بخلاف الدين لأنه قد يقضي وإن كان باطلاً)** ولا يخفى أن كلاً من وجهي التوفيق الأول والثالث يدفع هذا قوله: **(ذكر حق)** يعني صكاً في إقرار بدين **(قال في آخره: ومن قام بهذا الذكر فهو وليّ ما فيه)** يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق، ثم كتب **(إن شاء الله)** متصلاً بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلاناً المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصة إن شاء الله **(فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله)** الدين في الأول والشراء في هذا والخلاص **(وعندهما كل من الدين والشراء صحيح، وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه)** وهو وكالة من قام به وضمان الدرك خاصة **(وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشيء واحد)** اتصل به الاستثناء **(فينصرف إلى الكل)** للاتفاق على أن قول القائل عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر **(ولهما أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق، وكذا الأصل في الكلام الاستبداد)** فقام العلم

بينته، وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأنه يتحقق بلا معرفة. قال: **(ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ)** ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيباً لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالأصبع الزائدة وأراد ردها على البائع فأقام البينة على أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل بينته. ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافاً. والخصاف أثبته عن أبي يوسف، وأشار إليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا من صورة الدين، فإنه لو أنكره أصلاً ثم أقام البينة على القضاء أو الإبراء قبلت لأن غير الحق قد يقضي فأمكن التوفيق، فكذلك يجوز هاهنا أن يقول: لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني. وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره، وذلك يقتضي وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضاً، بخلاف مسألة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر. قال **(ذكر حق كتب في أسفله الخ)** إذا أقرّ على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره: ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه، وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلاناً من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح، والمال المقرّ به لازم لأنه استثناء، والاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأنه للاستيثاق والتوكيد وصرفه إلى الجميع مبطل، فما فرض للاستيثاق لم يكن له، هذا خلف باطل، ولأن الأصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطاً ببعض فينصرف الاستثناء إلى ما يليه

قال: **(ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو وليّ ما فيه إن شاء الله تعالى، أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق، وقولهما استحسان ذكره في الإقرار)** لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق، وكذا الأصل في الكلام الاستبداد. وله أن الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى؛ ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت، والله أعلم بالصواب.

بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه إلى الأخير، هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على أنه قد يكتب للإبطال لغرض قد يتفق. وظاهر الوجه من الجانبين أن إن شاء الله أجرى بالاتفاق مجرى الاستثناء، غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء إلى ما يليه خاصة بسبب العطف، وهما سلما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد، إذ لو كان كذلك لم يتصوّر وجود جمل متعددة ببعضها استثناء فينصرف إلى الأخيرة لأن وجود الجمل المتعددة إنما يكون بالعطف، فإذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بجمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ويستحيل وجود المسألة، بل الوجه إن شاء الله شرط، وحكم الشرط إذا تعقب جملاً منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا، فمشى أبو حنيفة على حكمه، وهما أخرجا صور كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملاً متعاطفة وهو ما ذكرناه، ولذا كان قولهما استحساناً راجحاً على قوله. هذا إذا كان إن شاء الله مكتوباً متصلاً بالكتابة، فلو فصل ببياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئاً اتفاقاً. وقد أورد أن هذا الكلام يقتضي أنه لو لم يكتب إن شاء الله لم يبطل شيء، ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو وليّ ما فيه، وتوكيل المجهول لا يصح. أجيب بأن الغرض من الكتابة إثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي، فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة، فإن التوكيل بالخصومة لا يصح إلا برضا الخصم عنده. ودفع بأنه لا يفيد على قوله لأن بهذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول، والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضاً. وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فإنه لا يصحح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم إلا إذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز، لكن ذكر في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقاً.

وهذا استحسان. والجواب أن الذكر للاستيثاق مطلقاً، أو إذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى، والثاني مسلم ولا كلام فيه، والأول عين النزاع، والأصل في الكلام الاستبدال إذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الكل فيما نحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف إلى الكل، كما لو قال عبده حرج وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله تعالى فإنه ينصرف إلى الجميع، هذا إذا كتب الاستثناء متصلاً من غير فرجة ببياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام، وأما إذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت. وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر في الشروط إثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة، وكونه توكيلاً مجهولاً ليس بضائر لأنه في الإسقاط، فإن للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقرّ له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة، فإذا رضي فقد أسقط حقه، وإسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم. وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لأنه لا يجوّز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم، إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبي حنيفة فإن الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه.

قال المصنف: **(وله أن الكل، إلى قوله: إن شاء الله)** أقول: لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فإن الاستثناء ينصرف إلى الجملة الأخيرة على أصله، لأن ذلك في الاستثناء بإلا، وقوله إن شاء الله شرط ساغ إطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس إياه حقيقة فتأمل، والله تعالى أعلم.

فصل في القضاء بالمواريث

قال: (**وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة**) وقال زفر رحمه الله: القول قولها لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات. ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة؛ وهذا ظاهر نعتبره للدفع؛

فصل في القضاء بالمواريث

(**وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته**) فأنا أستحق في ميراثه (**وقالت الورثة**) بل (**أسلمت قبل موته**) فلا ميراث لك (**فالقول قول الورثة**) وكان الأولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لا تصدق إلا ببينة لأن العادة أن من كان القول له يكون مع يمينه، ولا حلف عليهم إلا إن ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم وقال زفر: (**القول لها لأن الإسلام حادث ف**) الظاهر (**إضافته إلى أقرب الأوقات. ولنا أن سبب الحرمان**) من الميراث (**ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر**) هو استصحاب: أعني استصحاب الماضي للحال (**نعتبره للدفع؛ وما ذكره**) استصحاب هو عكس ذلك لأن الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال إلى الماضي ولكنه (**اعتبره للاستحقاق**) وليس حكم الاستصحاب كذلك، والمراد بجريان ماء الطاحونة ما إذا اختلف مالكها مع المستأجر إذا طالبه بمدة فقال: كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال، فإذا كان منقطعاً في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق أجرة الماضي فكذا هذا، والتعبير

فصل في القضاء بالمواريث

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل إلى هذا الموضع. قال: (**وإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ**) ذكر مسألتين مما يتعلق إثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر. وهو على نوعين: أحدهما أن يقال كان ثابتاً في الماضي فيكون ثابتاً في الحال كحياة المفقود. والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سنذكره، وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في أصول الفقه فإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة. وقال زفر: القول قولها لأن الإسلام حادث بالاتفاق، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات لذلك. ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين، وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتاً فيما مضى تحكيماً للحال: أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة إذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فإنه يحكم في الحال، فإن كان الماء جارياً في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة، وإن كان منقطعاً كان القول للمستأجر. قوله: (**وهذا**) يعني تحكيم الحال أو الحال (**ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث**) وهو صحيح (**وهو**) أعني زفر (**يعتبره للاستحقاق**) وهو ليس بصحيح عندنا، وفيه نظر لأن زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الأصل في الحادث الإضافة إلى أقرب الأوقات، ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضاً ظاهر، والظاهر استصحاباً كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر (**ولو مات المسلم وله**

فصل في القضاء بالمواريث

قوله: (**كان القول للآخر وهو صاحب الطاحونة**) أقول: أنكر صدر الشريعة في شرح الوقاية صحة إطلاق لفظ الآجر على المؤجر فراجعه. قال في النهاية ومعراج الدراية: فإن قيل: الماء إذا كان جارياً في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الأجر فقد تمسكتم بالحال لإثبات استحقاقه الأجر. قلنا: اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد، ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد، وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما: أي الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة. فإن قيل: يشكل هذا بمسألة ذكرها في الأصل إذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على إسلامه فالقول قول الابن المتفق على إسلامه، ولم يجعل الحال حكماً على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة. قلنا: ما ذكرنا من الطريق إنما يصار إليه إذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت في الحال، أما إذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهما اختلفا في مقداره فلا

وما ذكره يعتبره للاستحقاق؛ ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضاً، ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي

بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر، فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كأخبار الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقاً (**ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم أيضاً ولا يحكم الحال**) هنا (**لأن الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون**) والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها إلى ما بعد موته، فالمسألتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق. فإن قيل: اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهداً للماضي عمل بإثبات الاستحقاق بالاستصحاب فإن به يستحق مالكها أجر الماضي إذا كان جارياً. أجيب أن هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد، ولكن اختلفا في التأكيد، والظاهر يصلح حجة للتأكيد. وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت. واستشكل بما ذكر محمد في الأصل إذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على إسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على إسلامه، ولم يجعل الحال حكماً على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة.

امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قول الورثة أيضاً ولا يحكم الحال) لأن تحكيمه يؤدي إلى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة إليه وهو لا يصلح لذلك، وبهذا القدر يتم الدليل. وقوله: (**أما الورثة فهم الدافعون**) إشارة إلى معنى آخر، وهو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعا الاستصحاب. أما في الأولى فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت إسلاماً حادثاً؛ فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى والأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول، وبالنظر إلى ما هو موجود في الحال. والأصل فيه أن يكون موجوداً فيما مضى هو من النوع الثاني، فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتاً وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعاً فكان القول قوله. وأما في الثانية فلأن نصرانيتها كانت ثابتة والإسلام حادث، فالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت، والنظر إلى الإسلام يقتضي أن يكون ثابتاً قبل موته، فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتاً وهو لا يصلح فاعتبرنا الأول ليكون دافعاً والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به. وقوله: (**ويشهد لهم**) دليل آخر وهو أن الإسلام حادث

يصار إلى تحكيم الحال[1] وإن كان السبب قائماً؛ ألا يرى أن في مسألة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الآخر بل انقطع شهراً فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعاً كان أو جارياً في الحال لأنهما اختلفا في جريان مقدار انقطاع مقدر وذلك غير ثابت للحال، وفي مسألة الابنين ومسألة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الإسلام لا في نفس الإسلام، والثابت في الحال نفس الإسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسألة. وذكر الإمام التمرتاشي مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الأصل وهو أن الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال: لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض بعين صار هو فاراً به وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة، لأنها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة: يعني الأصل عدم المانع انتهى. وفيه تأمل، ثم أقول: في قوله: فإن قيل يشكل هذا إلى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البنوة بحث ظاهر، إذ يجوز أن يقال: السبب هنا البنوة مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البنوة فقط قوله: (**وهذا أي تحكيم الحال إلى قوله: وفيه نظر لأن زفر الخ**) أقول: فالضمير البارز في يعتبره راجع إلى الظاهر لا إلى الحال كما لا يخفى.

---

(١) (**قول المحشي إلى تحكيم الحال، إلى آخر القولة**) كذا في نسخة، وفي أخرى بدله «إلى الإشهاد» بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة ا هـ. قال الفاضل الشهير بخضرشاه عليه رحمة الله: كذا في النهاية وليس كما ينبغي، بل معنى إثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج إلى غيره من قضاء قاض كالبيع فإنه يثبت حكمه: أعني الملك بنفسه، وكذا الإقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه: وعلى هذا الخلاف الشهادة إذا تحملها الشاهد فإنها لا يثبت الحكم بنفسها، بل إذا نقله إلى مجلس القاضي وحكم القاضي بها، ولعمري إن هذا م الظهور، وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلاً عن هادي الأعلام ا هـ. وقيل معناه أن حكم البيع لثبوت الملك للمشتري في البيع وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد، وكذا في نظائره، أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا، والظاهر ما في النهاية لما أن الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به، ولأن تقدير الكلام يشهد له كما لا يخفى.

محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً.

أجيب بأنه إنما يصار لما ذكر من الطريق إذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال، وأما إذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار إلى تحكيم الحال وإن كان السبب قائماً، حتى أن في مسألة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الآجر شهراً فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعاً كان الماء أو جارياً في الحال لأنهما اختلفا في جريان مقدار هو غير ثابت للحال. وفي مسألة الابنين ومسألة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الإسلام لا في نفس الإسلام أنه كان أو لم يكن والثابت في الحال نفس الإسلام لا إسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسألة. وذكر الإمام التمرتاشي مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الأصل: أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر؛ وهو لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض فصار فاراً فأنا أرث وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لأنها أنكرت المانع من الإرث وهو الطلاق في الصحة: يعني والأصل عدم المانع قوله: **(ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم)** مثلاً **(وديعة فأقرّ المستودع أنه ابن الميت لا وارث له غيره)** فإن القاضي يقضي عليه بالدفع إليه **(لأنه أقرّ أن ما في يده حق الوارث)** ملك له **(خلافة فهو كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة، بخلاف ما إذا أقرّ)** المودع **(لرجل أنه وكيل المودع بالقبض)** أي بقبض الوديعة **(أو أنه اشتراه)** أي اشترى الوديعة التي في يده من المودع **(حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقرّ بقيام حق المودع)** وملكه في الوديعة الآن **(إذ هو حيّ فيكون إقراراً على مال الغير، ولا كذلك بعد موته)** لزوال ملكه فإنه أقرّ له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وإن كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره: أعني المالك لأنه لا يملك إبطال ملكه بإقراره فصار كالإقرار بالوكالة بقبض الوديعة، ثم لو دفع إلى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها؟ قيل لا لأنه يصير ساعياً في نقض ما تم به. وقال ظهير الدين كان والدي يتردد في جواب هذه المسألة، ولو لم يدفع الوديعة للذي أقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لأنه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع، وقيل لا لأنه لم يجب عليها لدفع **(بخلاف المديون إذا أقرّ لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه)** فإنه يؤمر بالدفع إليه لأنه غير مقرّ على مال غيره **(إذ الديون تقضى بأمثالها)** والمثل ملك المقر **(فإنما أقرّ على نفسه)** حتى يرجع عليه الدائن إذا لم يعترف بالوكالة إذا قدم **(فيؤمر بالدفع. ولو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضاً وأنكر الابن الأول قضى بالمال للأوّل)** وحده **(لأنه لما صح إقراره للأول)** على ذلك الوجه **(انقطع يده على المال فيكون إقراراً على)** الغير وهو الابن **(الأول فلا يصح كما لو كان الأول ابناً معروفاً، ولأنه حين أقرّ للأول لا مكذب له فصح، وحين أقرّ للثاني له مكذب)** وهو الأول **(فلا يصح)** وهل يضمن للابن شيئاً. قال في غاية البيان: إنه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئاً بإقراره له لأن استحقاقه لم يثبت

والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات. فإن قيل: إن كان ظاهر الحدوث معتبر في الدلالة كان ظاهر زفر في مسألة الأولى معارضاً للاستصحاب ويحتاج إلى مرجع والأصل عدمه. فالجواب أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات، وزفر يعتبره للإثبات. ونوقض بنقض إجمالي وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للإثبات لو كان صحيحاً بجميع مقدماته لما قضى بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف لأنه استدلال به لإثبات الأجر. والجواب أنه استدلال لدفع ما يدعي المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر، وأما ثبوت الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعاً لا موجباً، واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل. قال: **(ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ)** رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقرّ المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعه إلى المقرّ له لأنه أقرّ أن ما في يده حق الوارث وملكه خلافة. ومن أقرّ بملك شخص عنده وجب دفعه إليه كما إذا أقرّ أنه حق المورّث وهو حيّ أصالة، بخلاف ما إذا أقرّ لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لأنه أقر بقيام حق المودع لكونه حياً فيكون إقراراً على مال الغير. ولقائل أن يقول: كان الواجب في المسألة الأولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المآل باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته إليه كالدين وغيره: فإن خلافة الوارث

قال: **(ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يدفع المال إليه)** لأنه أقرّ أن ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما إذا أقرّ أنه حق المورث وهو حي أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقرّ بقيام حق المودع إذ هو حيّ فيكون إقراراً على مال الغير، ولا كذلك بعد موته، بخلاف المديون إذا أقرّ بتوكيل غيره بالقبض لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه **(فلو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضاً وقال الأول ليس له ابن غيري قضى بالمال للأوّل)** لأنه لما صح إقراره للأوّل انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول

فلم يتحقق التلف، وهذا لأنه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوّة ثبوت الإرث فلا يكون الإقرار بالبنوّة إقراراً بالمال. وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدّى للابن الثاني الذي أقرّ له إذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي. وبه قال الشافعي في قول وأحمد في قول، وفي قول لا يضمن لأن إقراره للثاني صادف ملك الغير فلا يلزم منه شيء. وقال في النهاية: فإن قيل: كان ينبغي أن يضمن المودع للابن الثاني الذي أقرّ له أنه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالإقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم أقر بتسليم القاضي إليه، وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب أنه يضمن للقاضي قيمته. قلنا: هنا أيضاً يضمن إذا دفع الوديعة إلى الابن الأول بغير قضاء القاضي نصف ما أدّى إلى الأول انتهى. وهذا هو صواب. واختلف في اللقطة إذا أقرّ الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع إليه؟ مذكور في اللقطة. وفي الجامع الصغير: لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع، هذا كله في الابن، فلو أقرّ المودع لرجل أنه أخو الميت شقيقه وأنه لا وارث له غيره وهو يدعيه أو لمن ادعى وصية بألف مثلاً أنه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لأن استحقاق الأخ بشرط عدم الابن، بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقرّ على الغير لأنه أقرّ أنه ليس بخلف عن الميت، وإذا تأنى إن حضر وارث آخر دفع المال إليه لأنه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية، وإن لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدّع ما أقرّ به لكن بكفيل ثقة، وإن لم يجد كفيلاً أعطاه المال وضمنه إن كان ثقة حتى لا يهلك أمانة، وإن كان غير ثقة تلوّم القاضي حتى يظهر أنه لا وارث للميت، أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه، ولم يقدر مدة التلوّم بشيء بل موكول إلى رأي القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما مقدّر بحول، هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الأقضية. قال: وعن أبي يوسف مقدر بشهر، هذا إذا قال ذو اليد لا وارث له غيره، فإن قال له وارث ولا أدري أمات أم لا لا يدفع إلى أحد منهم شيئاً لا قبل التلوّم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثاً غيره، وكل من يرث في حال دون حال كالأخ والأب والأم والبنت كالابن؛ ولو ادعى أنه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لا وارث له غيره، أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت

متأخرة عن ذلك. والجواب أن استحقاق الوارث ثبت بإقراره بيقين، وما يوجب قيام حق الميت في المآل متوهم فلا يؤخر اليقين به، فإذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن أو لا؟ قيل يضمن، وقيل لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله، وإن سلمها هل له إن يستردها؟ قيل لا يملك ذلك لأنه يصير ساعياً في نقض ما تم من جهته، بخلاف المديون إذا أقرّ بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لأنه ليس فيه إقرار على الغير، بل الإقرار فيه على نفسه لأن الديون تقضى بأمثالها، ولو أقرّ المودع بعد الإقرار الأول لرجل آخر بأنه أيضاً ابن الميت وأنكره الأول بأن قال ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول، لأنه لما صح إقراره للأوّل في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال، فالإقرار الثاني يكون إقراراً على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابناً معروفاً، ولأنه حين أقرّ للأول لم يكذبه أحد فصح إقراره، وحين أقرّ للثاني كذبه الأول فلا يصح. واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في إقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدّى للأول. وأجابوا بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقرّ بتسليم الوديعة من

فلا يصح إقراره للثاني، كما إذا كان الأول ابناً معروفاً، ولأنه حين أقرّ للأول لا مكذب له فصح، وحين أقرّ للثاني له مكذب فلم يصح.

أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا أدري للميت وارثاً غيرهما أو لا لم يكن لمدعي الوصية شيء بهذا الإقرار، ويدفع القاضي إلى الأب والأم والأخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الأخ إذا انفرد، أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعي البنوّة مدّعي الأخوّة لكن مدعي هذه الأشياء إذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلاً بإقرار ذي اليد فمدعي الأخوّة أو البنوّة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له، هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية، فإن أقام أخذ بها، وهل يؤخذ منه الكفيل؟ تقدم، ولو أقرّ ذو اليد أن الميت أقر أن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه، أو أن هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عايناه أقر، بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لأن ذا اليد أقرّ بسبب منتقض قوله: **(وإذا قسم الميراث بين الغرماء)** أو بين الورثة **(لا يؤخذ منهم كفيل)** عند أبي حنيفة **(و)** قال **(هذا شيء احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم)** كأنه عنى به ابن أبي ليلى فإنه كاني فعله بالكوفة **(وقالا: يؤخذ الكفيل)** أي لا يدفع إليهم حتى يكفلوا **(والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيره)** أما إذا ثبتا بالإقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق، وإذا قال الشهود لا نعلم له وارثاً غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأنى القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب أو لا يحجب، ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحساناً. ثم ما ذكر من نفى الدفع إذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً آخر هو فيما إذا كان وارثاً لا يحجب بغيره، وتفصيل المسألة في أدب القاضي للصدر الشهيد قال: وإذا حضر الرجل وادعى داراً في يد رجل أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له وأقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع إليه شيئاً حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوماً، والقضاء بغير المعلوم متعذر. وهنا ثلاثة فصول: الأول هذا، وهو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم. والثاني أن يشهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثاً غيره، فإن القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوّم. الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره فإن القاضي يتلوّم زماناً على قدر ما يرى، فإن حضر وارث آخر قسم المال بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه ويأخذ كفيلاً عندهما. ولا يأخذ عند أبي حنيفة رضي الله عنه ثم إنما يدفع إلى الوارث الذي حضر جميع المال إذا كان ممن لا يحجب كالأب والابن، فإذا كان يحجب بغيره كالجد والأخ والعم لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع إليه أقل النصيبين عند أبي يوسف، وعند محمد أوفرهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة، وقول أبي حنيفة مضطرب. هذا إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة، فأما إذا ثبت بالإقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق. ومن صوره ما إذا أقرّ المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه، وهو أليق بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زماناً يغلب على ظنه أنه لو كان له

القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي وقد تقدم في أدب القاضي، وأما إذا كان الدفع بقضاء كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً فلا يلزمه الإقرار به. قال: **(وإذا قسم الميراث بين الغرماء الخ)** إذا حضر رجل وادعى داراً في يد آخر أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له؛ فإما أن يقرّ به ذو اليد أو لا، فإن كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه: أحدها أنهم قالوا تركها ميراثاً لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع إليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لأنهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم، والقضاء بالمجهول متعذر. والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثاً غيره، وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوّم وهاتان بالاتفاق. والثالث أنهم إذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثاً غيره، فإن القاضي يتلوّم

قال: **(وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يؤخذ الكفيل، والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيره. لهما أن القاضي ناظر للغيب، والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريماً غائباً، لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة، كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى صاحبه وأعطى امرأة الغائب

ابن آخر لظهر، وقدره الطحاوي بعام، فإن لم يظهر وارث آخر دفع المال وأخذ كفيلاً لاحتمال أن يظهر وارث آخر. قيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة لا يأخذ، وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة **(لهما أن القاضي ناظر للغيب)** أي مأمور بالنظر لهم **(والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريماً غائباً، لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة، كما إذا دفع)** القاضي **(الآبق واللقطة إلى)** الذي أثبت عنده أنه **(صاحبه)** أخذ كفيلاً للمعنى الذي ذكرنا وهو أن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه **(و)** كذا إذا **(أعطى امرأة الغائب)** يعني إذا كانت تستنفق: أي تطلب **(النفقة)** وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة وهو مقرّ بالزوجية والوديعة فالقاضي يعطيها **(من ماله)** ويأخذ كفيلاً **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحق ثابت قطعاً)** أي فيما إذا كان الوارث الآخر معدوماً **(أو ظاهراً)** فيما إذا كان موجوداً والقاضي لم يكلف بإظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده **(فلا يؤخر)** إلى زمان التكفيل **(لحق موهوم)** أرأيت لو لم يجد كفيلاً كان منع حقه هذا ظلماً وصار **(كمن أثبت الشراء ممن في يده)** لا يؤخذ كفيل من المشتري بعد ما أثبت شراءه بالحجة **(و)** لا يؤخذ الكفيل من ربّ الدين **(الذي أثبت دينه على العبد)** بالبينة **(حتى بيع)** العبد **(لأجل دينه)** وإن كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد **(ولأن المكفول له مجهول فهو كما لو كفل لأحد الغرماء، بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت والزوج معلوم، فأما الآبق واللقطة ففي)** أخذ **(الكفيل روايتان عنه، والأصح أنه على الخلاف. وقيل إن دفع اللقطة بعلامة أو بإقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت، ولهذا كان له أن يمنع)** مع العلامة وإقرار العبد بالإباق. لا يقال: يأخذ

زماناً على قدر ما يرى. وقدر الطحاوي مدة التلوّم بالحول، فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرماناً كالأب والابن، فإن كان ممن يحجبو بغيره كالجد والأخ فإنه لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب نقصاناً كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله، وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف رحمه الله، وقول أبي حنيفة مضطرب، فإذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار إليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع إليه؟ قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يؤخذ ونسب القائل به إلى الظلم. قيل أراد به ابن ليلى وقالا: له ذلك وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة. لهما أن القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ الكفيل فيحتاط القاضي بأخذه، كما إذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة إلى رجل عنده أنه صاحبه فإنه يأخذ منه كفيلاً، وكما لو أعطى نفقة امرأة الغائب إذا استنفقت في غيبته وله عند إنسان وديعة يقرّ بها المودع وبقيام النكاح فإنه يفرض لها النفقة

قوله: **(كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً الخ)** أقول: وأما في المسألة المتقدمة فلم يكن مكذباً شرعاً في قوله تسلمتها من القاضي إذ لا منافاة بين تسلمتها منه وكونها لمن أقر له فافهم قال المصنف: **(وإذا قسم الميراث)** أقول: فيه تسامح قوله: **(ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثاً غيره)** أقول: أو غريماً غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه قوله: **(هل يؤخذ منه كفيل الخ)** أقول: وفي الدرر بالنفس قوله: **(وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة)** أقول: قال في النهاية: قال الإمام التمرتاشي: لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى في ذلك زماناً على حسب ما يرى. وذكر بكر أن كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضاً إلى القاضي، وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول، وإن لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال ويأخذ كفيلاً لاحتمال أن يظهر وارث آخر، هذا قولهما. وعند أبي حنيفة لا يأخذ، وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة ا هـ.

قوله: **(أجيب بأنه إذا أقر به الخ)** أقول: فما الجواب في مسألة الآبق واللقطة، ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح قوله: **(وعورض بأن القاضي الخ)** أقول: ويمكن توجيهه نقضاً كما لا يخفى قوله: **(وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم)** أقول: ألا ترى أن الوهم موجود وإن قال الشهود لا نعلم له وارثاً آخر.

النفقة من ماله. ولأبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعاً، أو ظاهراً فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل، ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم. وأما الآبق واللقطة ففيه

الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لأنه ليس بخصم، ولا يقال يأخذ للميت لأن حقه في تسليم ماله إلى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل. فإن قيل: القاضي يتلوّم في هذه الصورة بالإجماع ذكره في الأسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد، والتلوّم: إنما هو لتوهم وارث أو غريم آخر، وبعد التلوّم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع إلى الحاضر لقيام الحجة لأن الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع إليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل عملاً بالجهتين. أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوّم لأن التلوم لطلب علم زائد له ليتم علمه بالقدر الممكن، فإن التلوّم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فإن هذا ليس بشهادة لأنها على النفي، بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره، أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز إلا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم. قال المصنف وقوله: **(ظلم)** أي قول أبي

ويأخذ منها كفيلاً، ولأبي حنيفة أن حق الحاضر ثابت قطعاً وإن لم يكن له وارث آخر بيقين، أو ظاهراً إن كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة، فكان العمل بالظاهر واجباً عليه، والثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر لموهوم كمن أثبت الشراء من ذي اليد أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فإنه يدفع المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعي من غير كفيل، وإن كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهماً فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم إلى زمان التكفيل قوله: **(ولأن المكفول له)** دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل، وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وهاهنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لأحد الغرماء. فإن قيل: إذا أقرّ به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول. أجيب بأنه إذا أقرّ به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة أن ثمة مالكاً لا محالة، وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له. ونقل التمرتاشي فيه خلافاً فإن ثبت فلا إشكال. لا يقال: الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لأنه ليس بخصم ولا للميت لأن الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي من الميت غير متصورة. وعورض بأن القاضي يتلوّم في هذه الصورة بالإجماع على ما يراه، وفي ذلك تأخير ثابت قطعاً أو ظاهراً كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز. وأجيب بأن التلوّم ليس للحق الموهوم، بل إنما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك، فإن هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لأن الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفس الشريك، والتلوّم من القاضي يقوم مقامه في إفادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق، بخلاف طلب الكفالة. وقوله: **(بخلاف النفقة)** جواب عما استشهد به من المسائل، أما مسألة النفقة فلأن التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضاً فصحت الكفالة **(وأما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان)** قال في رواية: لا أحبّ أن يأخذ منه كفيلاً، وقال في رواية: أحبّ أن يأخذ منه كفيلاً، قالوا في شروح الجامع الصغير: والصحيح أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ. وقال العتابي **(إن دفع العبد بإقراره إلى المدعي واللقطة بإخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالإجماع)** قال المصنف **(لأن الحق غير ثابت)** ولهذا كان له أن يمنع قوله: **(وقوله)** أي قول أبي حنيفة **(ظلم: أي ميل عن سواء السبيل)** إنما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله **(وهذا)** أي إطلاق الظلم على المجتهد فيه **(يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطىء ويصيب)** ويقرر أن مذهب

قال المصنف: **(والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ)** أقول: قال في الكافي: أي لذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الأمر عليه وقد زال ا هـ. يعني أن الظاهر ذلك، وأنت خبير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما إن الجاحد خائن قال المصنف: **(والنزع أبلغ فيه)** أقول: أي في المنقول: كذا في معراج الدراية والنهاية. الظاهر أن يقال: أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي.

روايتان، والأصح أنه على الخلاف. وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت، ولهذا كان له أن يمنع. وقوله ظلم: أي ميل عن سواء السبيل، وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطىء ويصيب لا كما ظنه البعض.

قال: **(وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إن كان الذي هي في يده جاحداً أخذ منه وجعل في يد أمين، وإن لم يجحد ترك في يده)** لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده، بخلاف المقرّ لأنه أمين. وله أن القضاء وقع للميت مقصوداً واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقرّاً وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي، والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي، ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ

حنيفة **(يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطىء ويصيب لا كما ظنه البعض)** أنه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرّهم إلى هذا القول بوجوب الأصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجباً. وسبب نسبة هذا القول إلى أبي حنيفة ما روي عنه أنه قال ليوسف بن خالد السمتي: كل مجتهد مصيب، والحق عند الله واحد، ولو حمل على ظاهره لكان متناقضاً، إذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق، وإلا لكان الحق متعدداً، فلزم أن معنى قوله كل مجتهد مصيب: أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد، فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على المتأهل له فإذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب. وقال محمد: ولو تلاعنا ثلاثاً ففرق القاضي بينهما نفذ وقال أخطأ السنة قوله: **(وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده)** إلى أن يحضر الغائب **(ولا يستوثق منه بكفيل، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا: إن كان الذي هي في يده)** قد **(جحد)** فأقيمت عليه البينة **(أخذ منه)** النصف **(فوضع على يد أمين، وإن لم يكن جحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن)** ظهرت خيانته بالجحد **(فلا يترك في يده)** لقرب أن يتصرف فيه إما لاعتقاده أنها ملكه وأن البينة كذبة أو للخيانة **(بخلاف ما لو أقرّ)** أنها مال الميت مودع عنده فإنه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان أولى بحفظها **(ولأبي**

أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب، وادعائهم أن ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى. قال: **(وإذا كانت الدار في يد رجل الخ)** دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل، وهذا: أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما عدم الاستيثاق بالكفيل هاهنا فبالإجماع، وقالا: من في يده الدار إن كان جاحداً أخذ منه النصف الآخر وجعل في يد أمين وإلا ترك في يده، لأن الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يد والمقرّ أمين فيجوز أن يترك المال بيده. ولأبي حنيفة أن القضاء وقع للميت مقصوداً تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختاراً له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض يده بيد من غير مختار له، وإنما قال واحتمال كونه لأن كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي، واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به كما إذا كان من بيده مقرّاً فإنه إنما يترك الباقي بيده كذلك قوله: **(وجحوده)** جواب عما ذكراه. ووجهه أن الخيانة بالجحود إما أن تكون باعتبار ما مضى أو ما سيأتي، والأول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذا لازمه. والثاني ظاهر العدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك، وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة. لا يقال: موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملاً، لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له **(ولو كانت الدعوى في منقول)** والمسألة بحالها **(فقد قيل ينزع من يده)** النصف الآخر **(بالاتفاق)** والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه إلى الحفظ. وما يحتاج فيه إلى الحفظ فالنزع أبلغ فيه، أما أنه

والنزع أبلغ فيه، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير. وقيل المنقول على الخلاف أيضاً، وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ، وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء خصومة والقاضي إنما نصب لقطعها لا لإنشائها، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يستحق له وعليه ديناً كان أو عيناً لأن المقضيّ له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك، بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره، ولهذا لا يستوفي إلا نصيبه وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت، إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده. ذكره في الجامع لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده.

حنيفة أن القضاء) إنما **(يقع أوّلاً للميت مقصوداً)** لأنه بعد ثبوت أنه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال **(وكونه مختار الميت ثابت)** مع جحده **(فلا تنقض يده كالمقرّ وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي)** بها للميت **(والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي)** وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب، وكذا احترق المحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته **(فلو كانت الدعوى في منقول)** وأنكر والباقي بحاله **(فقد قيل يؤخذ منه)** النصف **(بالاتفاق لأنه محتاج إلى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ)** من تركه في يده إذ ربما يتصرّف فيه متأولاً كما ذكرنا أو خيانة **(بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا)** أي ولأجل أن المنقول محتاج إلى الحفظ دون العقار، والنزع أبلغ في حفظه من تركه **(يملك الوصيّ بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار. وكذا حكم وصيّ الأم والأخ والعم على الصغير)** يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال **(وقيل المنقول على الخلاف أيضاً)** عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه **(وإنما لا يؤخذ الكفيل)** على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده **(لأنه إنشاء خصومة والقاضي إنما نصب لقطعها)** وهذا لأنه ربما لا يجد كفيلاً أو لا يسمح بإعطائه والأخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة **(ثم إذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء)** الكائن في غيبته **(لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم ديناً كان أو عيناً)** فقد قامت على

يحتاج فيه إلى الحفظ فلأنه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل إلى محل، أو ما أن النزع أبلغ فيه فلأن النزع أبلغ في الحفظ، لأنه لما جحده من يده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه، وإذا نزعه الحاكم ووضعه في يد أمين كان هو عدلاً ظاهراً فكان المال به محفوظاً **(بخلاف العقار فإنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصيّ بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا وصى الأم والأخ والعم على الصغير)** وإنما خصهم بالذكر لأنه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه **(ومن المشايخ من قال المنقول أيضاً على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر)** بناء على ما ذكرنا من حاجته إلى الحفظ، فإذا ترك في يده كان مضموناً عليه، ولو أخذ منه لم يكن مضموناً على الذي يضعه القاضي في يده فكانا لترك أبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لأن ما قيل إنه لما جحد من في يده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه ساقطاً لعبرة نظراً إلى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة، وذلك ثابت مقتض ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق قوله: **(وإنما لم يؤخذ الكفيل)** راجع إلى قوله ولا يستوثق منه بكفيل. ومعناه أخذ الكفيل إنشاء خصومة، لأن من بيده الباقي

قوله: **(أو لزعمه أنه ملكه)** أقول: أي إن كان عدلاً قوله: **(فإذا ترك في يده كان مضموناً عليه)** أقول: يعني لجحوده السابق وفيه بحث، فإنه قد ارتفع مع لازمه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آنفاً فينبغي أن لا يضمن قوله: **(ومعناه أخذ الكفيل)** أقول: الأولى طلب الكفيل قوله: **(والقاضي يطالبه به)** أقول: فيه إشارة إلى أن ما في النهاية من قوله والأخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقته المشروح قوله: **(فإن قيل: هب الخ)** أقول: ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل قوله: **(وهو مشروع لقطع الخ)** أقول: القطع الخصومة المتقدمة، ثم أقول: فيه بحث لأنه إن أراد كلياً فممنوع؛ ألا يرى إلى ضمان الدرك، وإن أراد جزئياً فسلم ولا يفيد، اللهم إلا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم أنه ليس هاهنا خصومة متقدمة إلا أن يقال: ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليتأمل قوله: **(إذا أقام الحاضر البينة الخ)** أقول: التفصيل في باب الشهادة

قال: (**ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة، وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء**) والقياس أن يلزمه التصدق بالكل، وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال. أما الوصية فأخت الميراث لأنها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة، أما

خصم حاضر بالنسبة إلى كل الورثة وهذا منهم. وقوله: (**لأن المقضى له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة**) على ما ذكرنا من قريب (**وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك، بخلاف الاستيفاء**) أي استيفاء نصيبه (**لأنه عامل فيه لنفسه**) لا للميت (**فلا يصلح نائباً عن غيره فلهذا لا يستوفي إلا نصيب نفسه وصار كما إذا قامت البينة بدين للميت**) فإنه يقضي بالكل ولا يأخذ إلا نصيب نفسه. وقوله: (**إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة**) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (**إذا كانت**) التركة كلها (**في يده**) أي في يد الحاضر، حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لأنه لا خصومة بدون اليد، ذكره في الجامع الكبير.

قال في شهادات المواريث: ولو مات وترك داراً وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخواي فلان وفلان قبضا نصيبهما وأودعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضا ثلثيها شائعاً وأودعاها عندك وأنا أقيم البينة أنها داري تقبل وذو اليد خصم لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى عليه، فإن حضر الغائبان وصدقا في الإرث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض، وإن كذباه وقالا لم نرثها من أبينا بل ثلثاها لنا لا بالإرث يقال للمدعي أعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لأن ذلك على غير خصم لأن إقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين. قال العتابي: قال مشايخنا: هذا إذا لم تكن الدار مقسومة، أما إذا اقتسموها وأودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصماً فيها، بخلاف ما قبل القسمة لأنه مبقي على حكم ملك الميت على ما عرف. ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أودعه عنده الغائبان وهو مقرّ بأنه وديعة لهما ميراث من أبيهما لم يكن خصماً للمدعي، وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لأن الوارث إنما يكون خصماً للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره. قال

قد لا تسمح نفسه بإعطائه والقاضي يطالبه به فينشىء الخصومة والقاضي لم ينصب لإنشائها بل لقطعها. فإن قيل: هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه بإعطائه. قلت: يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل هاهنا إنشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعاً لشيء كان منشئاً له هذا خلف قوله: (**وإذا حضر الغائب**) اختلف المشايخ في وجوب إعادة البينة إذا حضر، فمنهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص إذا أقام الحاضر البينة على أنه قتل أباه عمداً ثم حضر الغائب فإنه يحتاج إلى إعادتها، .ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف، قال الإمام فخر الإسلام: وهو الأصح لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقاً وعليه إن كان الكل بيده كما سيجيء (**ديناً كان أو عيناً لأن المقضى له وعليه في الحقيقة إنما هو الميت**) لما ذكرنا (**وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك**) كالوكيلين بالخصومة إذا غاب أحدهما كان للآخر أن يخاصم، ولهذا قلنا: إذا ادعى

في القتل قوله: (**وجوابه أن السائل الخ**) أقول: اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء إلى جواب آخر، وأنت تعلم أن كونه نائباً عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتأمل، ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الإثبات فليتأمل قوله: (**يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً الخ**) أقول: في أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين، فإن الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وإن لم يكن في يد الحاضر شيء على ما صرحوا. ويمكن أن يجاب بأن المراد يكون خصماً في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه ويقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتأمل.

الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف إلى الكل وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة، إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده، وعند محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب المؤنة، إذ جهة المؤنة راجحة عنده، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع لأنه يمتحض مؤنة. ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال، والمقيد إيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في

الاستروشني فالحاصل أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده، حتى أن من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثاً ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه، وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وإن لم يكن في يده شيء قوله: **(ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة)** فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم وأموال التجارة ويمسك قوته، فإذا أصاب شيئاً تصدق بقدر ما أمسك، وإذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصاباً أو لا، لأن المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره، ولذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به، فإن قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد إلى أن يوفي **(ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال، والقياس أن يلزمه التصدق بالكل)** فيهما **(وبه قال زفر)** والبتي والنخعي والشافعي. وقال مالك وأحمد: يتصدق بثلث ماله لقوله ﷺ لأبي لبابة حين قال: إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة: «يجزئك الثلث»[1] **(لعموم اسم المال كالوصية)** وقال عليه الصلاة

رجل على أحدهم ديناً على الميت وأقام عليه البينة يثبت في حق الكل، وكذا إذا ادعى أحدهم ديناً للميت على رجل وأقام عليه البينة يثبت في حق الكل. فإن قيل: لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع. أجاب بقوله: **(بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره)** ولقائل أن يقول: فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ونائباً عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه. وجوابه أن السائل قال: لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع، وما كان كذلك لا يقبل التشكيك، وقوله: **(وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت)** أي بدين للميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر وقوله إلا أنه استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً إلى قوله له وعليه: يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون خصماً عن جميع الدين إن كان جميع التركة بيده، ذكره في الجامع وإلا كان خصماً عما في يده لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارمي ١/ ٣٩٠ وأحمد ٣/ ٤٥٢. ٤٥٣. ٥٠٢ والبخاري في تاريخه الكبير ٢/ ٣٨٥ وابن حبان ٣٣٧١ والطبراني ٤٥٠٩ و ٤٥١٠ والبيهقي ٤/ ١٨١ وأبو داود بإثر حديث ٣٣٢٠ كلهم من طريق الزهري عن حسين بن السائب بن أبي لبابة أن جده أبا لبابة حين تاب في تخلفه عن رسول الله ﷺ قال: يا رسول الله إني أهجر داري التي أصبت فيها الذنب وأنتقل إليك وأساكنك وإني أتخلع من مالي كله صدقة إلى الله وإلى رسوله فقال له رسول الله ﷺ: يُجزئُكَ من ذلك الثلث.

ورواه مالك عن الزهري بلاغاً في الموطأ ٢/ ٤٨١ والمتصل مداره على حسين بن السائب.

قال عنه في التقريب: مقبول ١هـ.

وذكره ابن حبان في الثقات وقال: يروي عن أبيه ويروي المراسيل ا هـ. والظاهر أنه مرسل لذا أرسله مالك.

قلت: وهذا الإسناد غير قوي، وهو غريب وهو ليس من الثلاثة. والمشهور في خبر تبوك والتخلف عنها هو كعب بن مالك وصاحباه: مَرارةُ بن الربيع العمريّ، وهلال بن أمية الواقفيّ، وفي آخره قال كعب: «يا رسول الله إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله، ورسوله. قال رسول الله ﷺ: أمسك عليك بعض مالك، فهو خير لك. فقلت: فإني أمسك سهمي الذي بخيبر، وفيه قصة طويلة في توبة كعب».

هكذا رواه الجماعة منهم البخاري ٤٤١٨ ومسلم ٢٧٦٩ والترمذي ٣١٠٢ وابن أبي شيبة ١٤/ ٥٤٠. ٥٤٥ وعبد الرزاق ٤٤/ ١٩٧ وابن حبان ٣٣٧٠ والبيهقي في دلائل النبوة ٥/ ٢٧٣. ٢٧٩ كلهم من حديث كعب بن مالك.

وأخرج بعضه أبو داود ٣٣٢٠ باب: فيمن نذر أن يتصرف بماله.

قلت: فتبين أن أبا لبابة ليس من هؤلاء الثلاثة لأن اسمه بشير بن عبد المنذر وقيل: يسير. بالسين كذا في الإصابة ٩٨١ ولم يذكر ابن حجر كونه تخلف عن تبوك، ولا غيرها ا هـ فتنبه والله تعالى أعلم.

لفظ الملك فبقي على العموم، والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر، **(ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته، ثم إذا أصاب شيئاً تصدّق بمثل ما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة)** ولم يقدّر محمد بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه. وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال، وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله.

والسلام «من نذر أن يطيع الله فليطعه»[1] **(وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إلى ما أوجب الشرع فيه الصدقة)** وما أوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الإيجاب ببعضه، قال تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾ [التوبة: ١٠٣] ولم يعم كل مال، وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ إنما يصدق بالأخذ من كل مال، وذكرنا في الأصول أن بالأخذ من جنس الأموال يصدق بأنه أخذ من أموالهم حقيقة، وإنما ذاك قول الشافعي، والأحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع إذ منع منه قوله تعالى: ﴿ولا تبسطها كل البسط﴾ [الإسراء: ٢٩] فوجب تقييدها ببعضها، ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى إياها بإيجاب التصدق منها. وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «من نذر أن يطيع الله فليطعه»[2] لا ينافيه لأن إخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة، وإنما يلزم لو تقيد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية. وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح بأنه نذر ذلك فهو على أنه نوى ذلك وقصده. وأما الوصية فجرينا فيها على نحو ذلك أيضاً فقلنا: لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لأن في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوخ له فيه مع وجود الورثة. وأما نفاذه في الكل إذا لم يكن له ورثة فلأنها إنما توجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي، وهذا لأن النهي ما كان في حالة الحياة إلا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداءة بنفسه المأمور بها في قوله ﷺ: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[3] فيؤدي إلى ضيق نفسه وحرجها وهو قد يكون سبب المعصية، وهذا المعنى منتف بعد الموت. وقول المصنف: **(ولأن**

قال: **(ومن قال مالي في المساكين صدقة الخ)** رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الأموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوائم وأموال التجارة بلغ النصاب أو لا، لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه، ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به، فإن قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لأن المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة، وإن لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالأموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك **(وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس)** في الأول أيضاً **(أن يقع على كل شيء كما قال به زفر)** لأن اسم المال عام يتناول الجميع **(وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله)** إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداً به لئلا ينزع إلى الشركة وإيجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف إلى أموال خاصة، فكذا إيجاب العبد، ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء، وهو معتبر لأنه لبث في

قال المصنف: **(ومن قال مالي في المساكين الخ)** أقول: وفي إيراد مسألة النذر في فصل القضاء بالمواريث نظر، ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث.

قوله: **(وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر الخ)** أقول: ليس معناه أن إيجاب العبد معتبر من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى، وإلا لم يجب له التصدق بكل ما له وهو ظاهر.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٩٦ و ٦٧٠٠ ومالك ٢/ ٤٧٦ والشافعي ٢/ ٧٤، ٧٥ وأحمد ٦/ ٣٦، ٤١ والدارمي ٢/ ١٨٤ وأبو داود ٣٢٨٩ والترمذي ١٥٢٦ والنسائي ٧/ ١٧ وابن ماجه ٢١٢٦ والطحاوي في المشكل ٣/ ٣٧ والمعاني ٣/ ١٣٣ وابن حبان ٤٣٨٧ و ٤٣٨٨ و ٤٣٨٩ والبغوي ٢٤٤٠ والبيهقي ٩/ ٢٣١ من طرق كلهم من حديث عائشة وتمامه: «ومن نذر أن يعصي الله، فلا يَعْصِهِ».

(٢) هو المتقدم.

(٣) هذا حديث يذكره الفقهاء هكذا، وهو مركب من حديثين. كما بينه ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/ ١٨٤ برقم ٨٧١ وقد تقدم في الزكاة وصدقة الفطر.

قال: (**ومن أوصى إليه ولم يعلم الوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم**). وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله وهي الوكالة. ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة فلا

الظاهر أنه إنما يلتزم الصدقة الخ) يصلح تقريراً لإبداء المخصص يعني أن العموم وإن كان ثابتاً لكن هنا معنى يخصصه وهو أن الظاهر من إرسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم، فكان ظاهراً في إرادة الخصوص، وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه هو أيضاً من إبداء المخصص، وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة. وهل تدخل الأرض العشرية فيجب التصدق بها عند أبي يوسف نعم لأن جهة الصدقة غالبة في العشر. وروي ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا، لأن جهة المؤنة غالبة عنده، ولا تدخل الخراجية اتفاقاً لتمحض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبيّ والوقف (**ولو**) كان (**قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل**) لأن المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال. قال المصنف: (**والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة**) وهذا يؤذنك بقصدهم إلى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل، وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله عليّ أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي. إلا أن الطحاوي ذكر أنه يجب الكل، بخلاف ما لو حلف به فقال إن فعلت كذا فلله عليّ أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا إشكال لأن عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب إرادة العموم، إلا أن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف، وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضاً فكان تعويلهم ليس عليه، وقوله: (**على ما مر**) يريد وجه الاستحسان هذا. (**ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب**) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (**يمسك منه قوته**) ويتصدق بما سواه (**وإذا استفاد شيئاً تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدّر محمد**) مقداراً في أصل المبسوط (**لاختلاف أحوال الناس**) من قلة العيال أو كثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف يمسك (**وقيل المحترف يمسك ليوم**) لأنه يكتسب يوماً فيوماً (**وصاحب الغلة**) وهو من له حوانيت أو دور يجبيها الاعتبار (**شهراً**) لأن يده تصل إلى نفقته بعد شهر (**وصاحب الضياع لسنة**) لأن غلتها كذلك، وأما في عرف

مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات، أو لأنه في معنى الصلاة لأنه لانتظار أوقات الصلاة، ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه في الصلاة (**أما الوصية فهي أخت الميراث لأنها خلافة كالوراثة**) من حيث أنهما يثبتان الملك بعد الموت (**ولا يختص الميراث بمال دون مال**) في الشرع فكذا الوصية قوله: (**ولأن الظاهر**) دليل آخر: يعني أن الظاهر من حال الناذر (**التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة**) لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجه الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة (**أما الوصية فإنها تقع في حال الاستغناء عن الأموال فتنصرف إلى الكل، والأرض العشرية تدخل في النذر وعند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة إذ جهة الصدقة عنده راجحة**) في العشر فصارت الأرض العشرية كأموال التجارة لأنها من جنس الأموال التي تجب فيها الصدقة (**ولا تدخل عند محمد**) وذكر الإمام التمرتاشي قول أبي حنيفة مع محمد رحمهما الله (**لأنه**) أي الأرض العشرية والتذكير لتذكير الخبر (**سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده**) فصارت مثل عبد الخدمة (**وأما الأرض الخراجية فلا تدخل بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة**) لأن مصرفه المقاتلة وفيهم الأغنياء (**ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال**) زكويا أو غيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، ذكرها في الأمالي

قوله: (**وإيجاب الشرع في المال الخ**) أقول: إذا عبر بلفظ المال كقوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾ قوله: (**فكذا إيجاب العبد**) أقول: إذا أضاف الإيجاب إلى لفظ المال قوله: (**وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع**) أقول: ممنوع، فإن إيجاب الله تعالى الصدقة في جنس الأملاك يكفي لاعتبار إيجاب العبد به كما في إيجاب الاعتكاف على ما مر آنفاً؛ ألا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف إلى مال الزكاة والبذلة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع أنه ليس من الله تعالى إيجاب على هذا الوجه فليتأمل.

يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث. أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم، وهذا لأنه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل، وفي الأول يفوت لعجز الموصي **(ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه)** لأنه إثبات حق لا إلزام أمر.

ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن يمسك إلى تمام أربعة أشهر **(وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله)** قوله: **(ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فالبيع جائز وهو وصي)** بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيلاً حتى يعلم **(وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضاً لأن الوصاية إنابة)** أي استنابة والمعروف من اللغة في الإنابة إنما هو معنى الرجوع والإقلاع من أناب إلى الله، واستدل في النهاية أنها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري لها كذلك في تفسير سورة الروم، والزمخشري نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببيت لأبي تمام وأبي الطيب **(ووجه الفرق على ظاهر الرواية)** بين الوصاية والتوكيل **(أن الوصاية خلافة)** في التصرف عن الميت كالوراثة فلا تتوقف على العلم كالوكلة **(لإضافتها)** إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث، ولذا لو باع شيئاً ثم ظهر موت المورّث ظهر نفاذه حين صدر والوصاية استخلاف مضاف **(إلى)** ما بعد الموت أيضاً وهو **(زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم)** كالوراثة **(لقيام ولاية المنوب عنه)** ولهذا ينعزل الوكيل بالموت، بخلاف الميت فيتوقف على العلم **(وهذا لأنه)** إذا وقفناه على العلم **(لا يفوت النظر)** لقيام ولاية الموكل وقدرته **(وفي الأول يفوت لعجز الموصي)** بالموت، وهذا إذا ثبتت الوكالة قصداً، أما إذا ثبتت في ضمن الأمر بالفعل ففيه روايتان، وذلك مثل أن يقول لعبده اذهب إلى فلان يبيعك أو لامرأته اذهبي إلى فلان يطلقك أو اذهب بعبدي إلى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل، ذكر محمد في كتاب الوكالة أنه جائز، وذكر في الزيادات أنه لا يجوز فكان فيه روايتان: في إحداهما لا يتوقف على العلم، وفي أخرى لا بد من العلم. وذكر في المأذون ما يوافق الأول وهو أنه إذا قال للناس بايعوا عبدي فإني أذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع أنه لا علم للعبد بالإذن، وإذا توقفت الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال **(كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه)** بشرط كونه مميزاً رجلاً كان

لأن ما أملك أعم من مالي لأن الملك يطلق على المال وغيره، يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك النفقة، والمال لا يطلق على ما ليس بمال، وإذا كان أعم ينصرف إلى غير أموال الزكاة أيضاً إظهاراً لزيادة عمومه. فإن قيل: الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية. أجاب: بأن المقيد إيجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع **(والصحيح أنهما)** أي لفظ مالي وما أملك **(سواء)** فيما نحن فيه فيختصان بالأموال الزكوية، وهو اختيار الإمام شمس الأئمة السرخسي **(لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة)** قال في النهاية: إن قوله: **(على ما مر)** إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله إن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمقيد إيجابُ الشرع وهو لفظ المال، ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزامُ الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع إليه **(ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته لأن حاجته هذه مقدمة)** إذ لو يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه **(ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ولم يبين محمد)** في المبسوط **(مقدار ما يمسك لاختلاف أحوال الناس فيه)** بكثرة العيال وقلتها **(وقيل المحترف يمسك قوت يومه)** لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً **(وصاحب الغلة)** وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الإنسان **(لشهر)** لأن يده تصل إلى ما ينفق شهراً فشهراً **(وصاحب الضياع لسنة)** لأن يد الدهقان تصل إلى ما ينفق سنة فسنة **(وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله)** وفي إيراد المسألة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر، ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث. قال: **(ومن أوصى إليه ولم يعلم الخ)** وجه إيراد مسألة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا آنفاً. ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي وبيعه جائز، وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة

قال: **(ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجلا عدل)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو والأول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية. وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط

أو امرأة فاسقاً كان أو عدلاً مسلماً كان أو ذمياً. وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلاً لأنها تتضمن عقداً كغيره من العقود و **(لأنه)** تسليط على مال الغير قلنا **(إنه إثبات حق)** هو حق أن يتصرف **(لا إلزام أمر)** فإنه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر أنها على يده، وهو محل الإجماع والنص، فقد كان ﷺ يقبلها من العبد والتقيّ ويشتري من الكافر **(وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والإخبار بها سواء، وعند أبي حنيفة لا يثبت حتىٰ يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان)** أي مخبران لأن لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا أو لم يعدلا **(وجه قولهما إنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية)** وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدالة المخبر واحداً كان أو أكثر، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم أنه مذهب أبي حنيفة، وقال معنى إطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما إلا أن يعلمهما بالفسق، وقيل بل هو على إطلاقه لأن تأثير العدد فوق تأثير العدالة؛ ألا ترى أن القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ فبطريق أولى يثبت به، وهو الصحيح **(وهذا لأنه خبر ملزم)** أي من كل وجه فإنه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه. وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من كل وجه ما كان إلزاماً على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم. ولما لم يكن هذا الإلزام كذلك كان إلزاماً فيه قصور، ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الإلزام من وجه، ثم يكفي لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملزماً من وجه بالمعنى الذي ذكرنا، بخلاف الإعلام بالوكالة فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلاً لم يلزم أحد شطري الشهادة، وأجمعوا على أن المخبر بالعزل لو كان فاسقاً وصدقه ينعزل قوله: **(وعلى هذا إذا أخبر المولى بجناية عبده الخ)** هذه ستّ مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الأصل واثنتين في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه. أما الثلاث فإحداها عزل الوكيل. والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر إن كان رسولاً ينحجر فاسقاً كان أو عدلاً، وإن كان فضولياً يشترط أحد شطري الشهادة فينحجر صدقه العبد أو كذبه، وإن كان فاسقاً إن صدقه انحجر وإلا فالمسألة على الخلاف. والثالثة العبد إذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى أعتقه أو باعه يلزمه الأقل من قيمته ومن الدية،

حتى باع لم يجز بيعه. وعن أبي يوسف أنه اعتبر الأول بالثاني لأن وصف الإنابة: أي النيابة جامع، فإن الوصاية إنابة بعد الموت والوكالة إنابة قبله، وكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله. ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما إذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح، بخلاف الوكالة فإنها إنابة لقيام ولاية المستنيب، والإنابة تتوقف على العلم لأنها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل، وفي الأول لو توقفت على علمه فات لعجز الموصي. فإن قيل: إذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه. أجيب بأنه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصداً، وهذا كما إذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فإن فيه روايتين في إحداهما صح تصرفه وإن لم يعلم بالإذن لثبوته ضمنا، فإذا ثبت أن علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من إعلام، فمن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغاً مسلماً عدلاً أو على أضداد ذلك بعد ما كان مميزاً جاز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام أمر: أي إطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام، وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف. وأما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو والأول سواء، لأنه من جنس المعاملات، وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة وإذن العبد في التجارة.

ولأبي حنيفة أنه خبر ملزم، أما أنه خبر فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الإعلام، وأما أنه ملزم فلأنه ينفي جواز التصرف بعده، وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لأنه بالنظر إلى كونه خبراً كالخبر بالتوكيل والإذن وغيرهما ليس في معناها، وبالنظر إلى ما فيه من نوع إلزام كان في معناها فيشترط أحد شطري الشهادة وهو العدد أو العدالة عملاً بالوجهين،

أحد شطريها وهو العدد أو العدالة، بخلاف الأول. وبخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال، وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا.

فإن أخبره واحد بالجناية فكذلك إن كان فاسقاً، إن صدقه ثم باع أو أعتق يصير مختاراً للدية. وإن كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختاراً للدية، وعندهما يصير مختاراً لها.

وأما اللتان في النوادر فإحداهما الحربي إذا أسلم في دار الحرب فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلا، أو أخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئاً منها كان عليه قضاؤه إجماعاً، وإن كان فاسقاً فإن صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف. قال شمس الأئمة السرخسي: الأصح عندي أنه يلزمه القضاء هاهنا اتفاقاً لأن المخبر له رسول رسول الله ﷺ: وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الأصول. والثانية الشفيع إذا أجبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه فهي على الخلاف، فإذا سكت لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل. والسادسة البكر إذا زوّجت بلا استئذان فأخبرت فسكتت فهو على ما ذكرنا من الوجوه قوله: **(وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء)** أي لأجلهم ليوفي ديونهم التي كانت على الميت **(وأخذ المال)** أي الثمن **(فضاع)** عنده **(ثم استحق العبد)** أو مات قبل قبض المشتري **(لم يضمن)** القاضي ولا أمينه للمشتري شيئاً **(لأن أمين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالإمام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد**

بخلاف الأول فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلاً لم يكن في معناها أصلاً فلم يشترط فيه شيء من ذلك، وبخلاف رسول الموكل فإنه لا يشترط فيه أيضاً شيء من ذلك لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال، إذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله قوله: **(وعلى هذا الخلاف)** يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شطريها فيما فيه إلزام المسائل المذكورة. قال في النهاية إنها ستّ مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر، والسادسة قاسها المشايخ عليها، والمصنف ترك منها مسألة. أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل. والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب، وإن كان فاسقاً وكذبه ثبت عندهما خلافاً له وقيد بتلقاء نفسه لأن حكم الرسول حكم مرسله كما مر، وهذه المسألة لم يذكرها المصنف هاهنا. والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع كان اختياراً منه للفداء، وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك، وإلا فعلى الاختلاف عنده لا يكون اختياراً خلافاً لهما. وأولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب عليه القضاء، وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف، وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله ﷺ فألزمه. وثانيها الشفيع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت، وإن أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف. والسادسة إذا بلغ الكر تزويج الوليّ فسكتت فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بلا خلاف، وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف. قال: **(وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء)** إذا باع القاضي أو أمينه عبداً للميت لأجل أصحاب الديون **(وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن)** العاقد وهو القاضي أو أمينه **(لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الإمام، والإمام لا يضمن كي لا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم)** ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري إذا تعذر الرجوع على العاقد **(كما إذا كان العاقد)** صبياً محجوراً أو عبداً **(محجوراً عليه)** وهاهنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء. **(فإن أمر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري**

قوله: **(أنه ثبت ضمناً)** أقول: أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف قوله: **(والكلام في الوكالة يثبت قصداً)** أقول: قوله يثبت حال.

قال المصنف: **(فيشترط، إلى قوله: أو العدالة)** أقول: فيه إشارة إلى أن العدالة لا تشترط في العدد وأن قوله عدل صفة رجل.

قال في التلويح وهو الأصح قوله: **(كعبارة المرسل للحاجة)** أقول: فكما لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضاً قوله: **(إذ ربما لا يتفق الخ)** أقول: علة لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال.

قال: **(وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن)** لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الإمام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فيضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء، لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد، كما إذا كان العاقد محجوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم **(وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي)** لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه.

قال: **(ورجع الوصي على الغرماء)** لأنه عامل لهم، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه. قالوا: ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً لأنه لحقه في أمر الميت، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له.

الناس عن قبول هذه الأمانة، و) إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء **(يرجع)** بالثمن **(على الغرماء)** أو الغريم **(لأن البيع)** والتصرف **(واقع لأجلهم)** فترجع العهدة عليهم وصار **(كما إذا كان العاقد محجوراً عليه)** عبداً أو صبياً يعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد بمباشرتهما، ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لأن التزام العهدة لا يصح منهما لقصور الأهلية في الصبيّ وحق السيد في العبد والأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العقد، وأقرب الناس في مسألتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم؛ ألا يرى أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق **(ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضي إياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم)** وكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فإن المشتري يرجع على الوصيّ والوصي يرجع على الوارث لما قلنا إن البيع لأجله وهو الذي ينتفع به، فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضي عنه من يقضي دينه **(فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه)** بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري. قال المصنف **(قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً)** يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة **(لأنه لحقه)** ذلك **(في أمر الميت)** وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق: أعني جواز أن يقال: وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف. قيل نعم، وقال مجد الأئمة السرخسي: لا يأخذ في الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره. وفي الكافي: الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت.

على الوصي لأنه عاقد نيابة) فإن أوصى إليه الميت فظاهر، وإن أقامه القاضي فكذلك لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت لا عن نفسه، وعقد النائب كعقد المنوب عنه **(فصار كما إذا باعه)** الميت **(بنفسه)** في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فهاهنا يرجع على من قام مقامه **(ثم يرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه)** أي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف **(قالوا: يجوز أن يرجع بذلك أيضاً لأن هذا الضمان لحقه في أمر الميت)** وقيل ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره **(والوارث إذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له)**.

قوله: **(والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ)** أقول: قوله اثنان: أي فضوليان، وقوله أو واحد: أي فضولي قوله: **(إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ)** أقول: وفي كشف البزدوي قال عليه الصلاة والسلام: «نضر الله» امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعها» وفي حديث آخر: «ألا فليبلغ الشاهد الغائب» ا هـ. والأولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام: «بلغوا عني ولو آية» فليتأمل قوله: **(وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله ﷺ فألزمه)** أقول: لعدم اشتراط العدالة في الرسول.

فصل آخر

(وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال: لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة، لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن، وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه. واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في

فصل آخر

لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانفراده هل يقبل مولى ومعزولاً أخره قوله: **(وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل)** بمجرد إخباره هذا **(وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة)** التي عنها حكم فيه بذلك. قال الفقيه أبو الليث: روي عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال: لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته، وزاد جماعة على هذا فقالوا: أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك، وهذا يفيد أن القاضي يشهد، وليس معناه إلا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحدّ لا على حكم القاضي، وإلا كان القاضي شاهداً على فعل نفسه، وليس هنا من يشهد عنده إلا المأمور بإقامة الحد، وهذا بعيد في العادة: أعني أن يشهد القاضي عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدي الآخر عنده، ولذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المأمور وهذا **(لأن الغلط والخطأ في الحكم محتمل)** لأن القطع بنفيهما ليس إلا للأنبياء عليهم الصلاة والسلام **(وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي)** لأن الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده **(واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة إلا في كتاب القاضي إلى القاضي)** لأن فيه ضرورة إحياء الحقوق، ولما كان عدم الاعتماد معللاً بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف[1] لا إطلاقه **(فقال الإمام أبو منصور: إن كان القاضي عدلا عالماً يقبل قوله لانتفاء التهمة)** في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم **(وإن كان عدلاً جاهلاً استفسر، فإن أحسن)** في بيان سبب حكمه وشروطه **(وجب تصديقه)** للعدالة وترك

فصل آخر

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعهما أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء، وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أولاً. قال: **(وإذا قال القاضي قد قضيت الخ)** إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك، وهو ظاهر الرواية، وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال: لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضرتك، وهو رواية ابن سماعة عنه، لأن قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن. واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا، وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضاً، إلا أنهم تركوها فيه للحاجة إليه. وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما يملك إنشاءه لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء، ومن يتمكن من الإنشاء عما أخبر به لم يتهم في خبره، وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها. والثاني ممنوع، والأول يجر إلى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة، ولأن القاضي من أولي الأمر وطاعة أولي الأمر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه، وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار، وقالوا به إذا كان القاضي عدلاً فقيهاً، وعلى هذا تتأتى الأقسام العقلية كما قال الإمام أبو

فصل آخر

قوله: **(ما لم تكن الشهادة بحضرتك)** أقول: أو الإقرار بحضرتك قوله: **(لأن قوله يحتمل الغلط)** أقول: لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب قوله: **(وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضاً)** أقول: يعني مطلقاً.

---

(١) كتب بهامش نسخة العلامة البحراوي قوله: **(في التوقف)** كذا في النسخ، ولعله في القبول لا إطلاقه: أي القبول، فقوله لا إطلاقه نفي لما في الجامع الصغير من عدم تقييده بالعالم فتدبر.

زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه. وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاء فيقبل لخلوّه عن التهمة، ولأن طاعة أولي الأمر واجبة، وفي تصديقه طاعة. وقال الإمام أبو منصور رحمه الله: إن كان عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر، فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا، وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة.

المصنف[1] قسمين آخرين وهو ما إذا كان فاسقاً عالماً أو جاهلاً، فإن الفسق مانع من الركون لإخباره بالاستفسار، وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره **(وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه)** في الحال **(فيقبل لخلوّه عن التهمة)** لأن التهمة إنما تتحقق في إخبار بأمر لا يمكن إنشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة، أما إذا كان ذلك مما يقدر على إنشائه في الحال فيجعل كأنه أنشأه في الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى أن الذي يملك إنشاءه ليس إلا الحكم وهو لا يفيد، فإن الاحتمال المانع قائم إذا عاين الحكم وإن لم يعاين الشهادة والشروط، ولذا قال محمد: لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئاً. ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجهاً آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة قاض واحد، ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الإلزام لقلد في كل بلدة قاضيان، وأنت سمعت ما قدمناه في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول إلا بالعلم بسبب القضاء، وهذا لا يتحقق عند المأمور إلا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضي الآمر فلان وفلان على الوجه الفلاني ويشهدوا توفر الشروط، وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود قضاة كانوا أو لا، فلا يلزم لذلك تكثيرهم، فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة قوله: **(وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ)** صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه ألفاً بغير حق أو قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها إليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي، ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد رحمه الله لأن هذا في أمر فات فلا بد أن يكون القول للقاضي، وإلا امتنع الناس من قبول القضاء إذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات في أنفس وأموال لا تحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا، بخلاف ما قبله لأن القتل والقطع بعد لم يقع فكان إعمال ذلك الاحتمال مفيداً، نعم كون القول له على الاتفاق مقيد بما إذا كان

منصور، فإن كان عدلاً عالماً يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ لعلمه والخيانة لعدالته، وهذا القسم لا يحتاج إلى الاستفسار بالاتفاق، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطأ، فإن أحسن تفسير القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل أن يقول مثلاً استفسرت المقرّ بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصاباً من حرز لا شبهة فيه، وأنه قتل عمداً بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله، وإلا فلا لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلاً أو الشبهة غير دارئة، وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ في الجهل والخيانة في الفسق. قال: **(وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ)** لما فرغ من بيان ما يخبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله، فإذا أخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى وأسند إلى حال ولايته فلا يخلو إما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه أو يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه، فإن كان الأول فالقول للقاضي بلا خلاف، وإن كان الثاني فكذلك في الصحيح. فعلى هذا إذا قال لرجل أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك وقال لآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلماً فالقول قول القاضي لأنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً والقول

قوله: **(ومن يتمكن من الإنشاء الخ)** أقول: فيه ركاكة قوله: **(أو يكذبه في حقيقته)** أقول: ظاهر لا يقابل الاحتمال الأول.

---

(١) قوله: **(وترك المصنف الخ)** لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيه القسمان المذكوران ا هـ.

قال: **(وإذا عزل القاضي فقال لرجل أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلماً فالقول قول القاضي، وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق، هذا إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرّين أنه فعل ذلك وهو قاض)** ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له، إذ

المدعي مقراً بأنه فعل ذلك وهو قاض، لأنهما لما توافقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض، والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لأن الظاهر أنه **(لا يقضي بالجور ثم لا يمين)** على المعزول **(لأنه ثبت فعله)** وهو **(في)** حال **(قضائه بالتصادق، و)** لو ادعى عليه في حال قضائه بذلك **(لا يمين عليه)** فكذا بعده **(ولو أقر القاطع)** المأمور **(أو الآخذ)** للمال بأمر القاضي **(بما أقرّ به القاضي)** وهو أن القطع منه والأخذ كان بقضاء القاضي بالأخذ وأمره بالدفع **(لا يضمن أيضاً)** كالقاضي **لأنه أقرّ** أنه فعله في حال قضائه، وهو كما لو كان دفع القاضي المال إلى الآخذ معايناً للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع بإقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع إليه المقطوع واقعته (ف) أما **(لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد)** أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف **(والصحيح أن القول أيضاً للقاضي، لأنه)** أي القاضي **(أضافه إلى حاله معهودة منافية للضمان فصار كما إذا)** اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك و **(قال)** بل **(وأنا مجنون وكان جنونه معهوداً)** فالقول له، وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به، واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير إن القول للمدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات، وهذا يخص ما إذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة، وكذا أفرضه شمس الأئمة

لمن يشهد له الظاهر لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق، ولا يمين على القاضي لأن إيجابها عليه يفضي إلى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء. وفي هذه الصورة لو أقرّ القاطع أو الآخذ بما أقرّ به القاضي لا يضمن أيضاً لأن فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشيء صحيح كما إذا كان دفعه المال إلى الآخذ معايناً في حال القضاء فإنه لا يضمن الآخذ حينئذ فكذلك هاهنا، وكذا إذا كان أمره بالقطع معايناً في حال القضاء وإن قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل

قوله: **(لأنه ثبت فعله الخ)** أقول: فيه بحث حيث غير ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لأنه ثبت الخ تعليلاً لأي شيء قال المصنف: **(ولا يمين على القاضي)** أقول: قال الكافي: لأنه لو لزمه اليمين لصار خصماً، وقضاء الخصم لا ينفذ ا هـ. وفيه بحث. والأولى أن يقال: إنا لو أوجبنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لامتنع الناس عن الدخول في القضاء فتتعطل أمور الناس قال المصنف: **(ولو زعم المقطوع يدها لخ)** أقول: قال شمس الأئمة السرخسي: إذا زعم المدعي أن القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي، لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته. ومن ادعى تاريخاً سابقاً لا يصدق إلا بحجة، لأن الأصل أنه متى وقعت المنازعة في الإسناد يحكم الحال كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الإسناد إلا بحجة، بخلاف المسألة الأولى لأنه ثبت الإسناد بمصادقتهما، والصحيح هو الأول، وهو اختيار فخر الإسلام على البزدوي والصدر الشهيد. ونظيره إذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد، وكذا إذا قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى، وكذا الوكيل بالبيع إذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً، وإن كان قائماً فالقول قول الموكل لأنه أخبر عما لا يملك الإنشاء فيصير مدعياً، وكذا في مسألة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لأنه أقر بالأخذ وبالإضافة يدعي عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزيلعي. وقال الزيلعي: أورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما إذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها، وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان بإسناده الفعل إلى حالة منافية له. وأجاب بالفرق بينهما من حيث أن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في إقراره ولا يصدق في دعواه التملك له، وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك بإذنك فأنكر الإذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم ا هـ. لعدم جريانه في صورة النزاع في أخذ غلة العبد وقطع يد الأمة كما لا يخفى قوله: **(كإسناد من عهد منه الجنون الخ)** أقول: في الشعب لطافة لا تخفى.

القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً **(ولا يمين عليه)** لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي **(ولو أقرّ القاطع والآخذ بما أقرّ به القاضي لا يضمن أيضاً)** لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معايناً **(ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضاً)** هو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهوداً

فإنه قال: فأما إذا زعم: أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فإن القول قوله لأن هذا الفعل حادث الخ. قال: ومن ادعى فيه تاريخاً سابقاً لا يصدق إلا ببينة، فالتصحيح يخص ما إذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل، ولكنه ذكر في تعليله ما يعمم كون القول للقاضي فإنه قال لأن الأصل أن المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كمسألة الطاحونة، وفي الحال فعله موجب للضمان عليه، وبهذا الإسناد يدعي سقوطه، بخلاف الأول حيث تصادقا أنه فعله وهو قاض إلى آخر ما ذكر، ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار فخر الإسلام والصدر الشهيد، لأنه بالإسناد إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله، كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً وإن كان قائماً بعينه لم يصدق لأنه أخبر عن أمر لا يملك إنشاءه فيصير مدعياً، وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقرّ له بل وأنت حرّ فالقول للعبد ولا ضمان، وكذا إذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد إن كانت الغلة هالكة، وإن كانت قائمة فالقول للعبد، ويأخذه من المولى لأنه أقرّ بالأخذ ثم بالإضافة يريد التملك عليه فكان مدعياً، وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي، ذكره المحبوبي. واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فيمن أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقال بل وأنا حرة فالقول لها، وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر بإسناده إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان، ولو قلت أقرّ هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فهاهنا أيضاً أقرّ بسبب الضمان وهو إقراره للمقر له بشيء ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل، وكذا القاضي إذا أقر بعد العزل بالأخذ ثم ادعى ما يبرئه بالإسناد وكذا الوصي. أجيب بالفرق بأن المولى أقرّ بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الإقرار لا في جهة التملك، كما لو قال أخذت منك ألفاً هي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر، وكذا لو قال أكلت طعامك بإذنك وقال بغير إذني فالقول لصاحب الطعام، بخلاف القاضي والوكيل والوصي لأنهم ما ادعوا جهة التملك لأنفسهم، وكذا في دعوى الطلاق والعتاق ما ادعوا التملك لأنفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم في إضافتهم إلى الحالة المعهودة المنافية قوله: **(ولو أقرّ القاطع أو الآخذ في هذا الفصل)** وهو فصل زعم لمأخوذ منه والمقطوع أن القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فأقرّ القاطع والقابض إني فعلت ذلك بأمر القاضي وهو على قضائه،

التقليد أو بعد العزل فالقول أيضاً للقاضي في الصحيح، لأن القاضي أسند فعله إلى حالة منافية للضمان لما مر أن حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الإسناد منكر والقول للمنكر فصار إسناد القاضي هاهنا كإسناد من عهد منه الجنون إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون إذا كان ذلك منه معلوماً بين الناس فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لإضافته إلى حالة منافية للإيقاع، وإنما قال هو الصحيح احترازاً عما قال شمس الأئمة السرخسي إن القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة إذا وقعت في الماضي تحكم الحال، وفي هذه الحال فعله موجب للضمان عليه، وهو بهذا الإسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه، وأما في الأولى فقد تصادقا أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهراً لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقاً، ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي **(ولو أقرّ القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقرّ به القاضي ضمنا لأنهما أقرّا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره،**

(ولو أقرّ القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقرّ به القاضي بضمان) لأنهما أقرّا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق **(ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد أقرّ به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه)** لأنه أقرّ أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول فيه ليس بحجة.

والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده **(يضمنان)** ولا يضمن القاضي **(لأنهما أقرّا بسبب الضمان)** وهو مباشرتهما الأخذ والقطع **(وقبول قول القاضي)** في ذلك **(لدفع الضمان عن نفسه)** بسبب يخصه وهو كي لا يمتنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب. وقوله: **(ولو كان المال في يد الآخذ قائماً)** هذا قيد فيما يلزم جواب المسألة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر، فإن لازم كون القول للقاضي وللقاطع والآخذ في صورة التصادق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقاً فإنه قد حكم بنفاذ قوله فأفاد أن ذلك: أعني عدم الرجوع فيما إذا كان المأخوذ هالكاً، أما إذا كان قائماً فيؤخذ من القابض سواء صدق القابض في أنه أخذه في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل، علله محمد في الزيادات فقال لأن الشيء قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم، قالوا: معناه أن القاضي لما أقرّ بالأخذ يصير شاهداً لغيره بالكلام الثاني، وإقراره بالأخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة، ولأن القابض أقرّ بسبب الضمان حيث أقرّ أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه إلا ببينة، وقول المعزول ليس ببينة عليه لأنه ليس شاهداً بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان.

بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق) لا يقال: الآخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا الفعل إلى حالة منافية للضمان فكان الواجب أن لا يضمنا كالقاضي لأن جهة الضمان راجحة لأن إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي، وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي أيضاً لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان **(ولو كان المال باقياً في يد الآخذ وأقرّ بما أقرّ به القاضي أخذ منه المال)** سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه **(لأن الآخذ أقرّ أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول ليس بحجة)** فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم.

قوله: **(في هذه الصورة)** أقول: في الإطلاق تأمل قوله: **(لأن إقرار الرجل، إلى قوله: لا يعارض القطعي)** أقول: الإقرار دليل ظاهر كما في أول كتاب الحدود، إلا أن يراد بالقطعية كونه أقوى من قضاء القاضي قوله: **(لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق الخ)** أقول: هذا جواب عن النقض بتغيير الدليل. والأولى أن يجاب كما في النهاية بمنع قوله الآخذ والقاطع أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان، فإن حالة القضاء لا تنافي الضمان في حق غير القاضي لأنه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء قائم، وأخذه بأمر القاضي لم يثبت لعدم الحجة إذ الكلام فيه، وكذا حال القطع فليتأمل، وآ أعلم.

كتاب الشهادات

قال: (الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي) لقوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء إذا

كتاب الشهادات

يتبادر أن تقديمها على القضاء أولى لأن لقضاء موقوف عليها، إذ كان ثبوت الحق بها إلا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه للمقصود على الوسيلة. والشهادة لغة، إخبار قاطع، وفي عرف أهل الشرع إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة. وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات. وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه، فإن من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب. وشرطها البلوغ والعقل والولاية، فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة إلى التمييز بين المدعي والمدعى عليه، ولم يذكر الإسلام لأن الدين أصل الشهادة في الجملة. وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الإخبار. وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] ونظائره من الكتاب والسنة كثيرة، وسببية الطلب ثبتت بقوله تعالى ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو أن سببية الطلب إنما ثبتت كي لا يفوت الحق قوله: (الشهادة فرض) يعني أداؤها بعد التحمل، فإنها تقال للتحمل كما يقال للأداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوّغاً للإطلاق في قصد التحمل فيكون معتبراً مشتركاً لفظياً عند عرف أهل التكلم وافتراض الأداء إلا في الحدود مجمع عليه، وقوله تعالى ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] محتمل أن يراد النهي عن الإباء عن التحمل إذا دعى إليه، ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي لكراهية الإباء عن التحمل كراهة تنزيه ومرجعها خلاف الأولى لأن التحمل لما فيه من إعانة المسلم على حفظ حقه أولى. ويحتمل أن يراد نهي مسمى الشهداء عن الإباء، وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهي من اتصف بالشهادة حقيقة عن الإباء إذا ادعى، ولا اتصاف قبل الدعاء إلا بالتحمل فيلزم كون النهي عن إباء الأداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ، والأداء المفروض لا يكون إلا عن الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل أن يذهب إذا دعى إلى الحاكم للأداء. وقال الله تعالى ﴿ولا تكتموا

كتاب الشهادات

إيراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهر المناسبة، إذ القاضي في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود عند إنكار الخصم. ومن محاسن الشهادة بالحق أنها مأمور بها، قال الله تعالى: ﴿كونوا قوامين لله شهداء بالقسط﴾ فلا بد من حسنه. وهي في اللغة عبارة عن الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان، ولهذا قالوا إنها مشتقة من المشاهدة التي تنبىء عن المعاينة. وفي اصطلاح أهل الفقه وعبارة عن إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالإخبار كالجنس يشملها والأخبار الكاذبة. وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات. وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهداته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والأبصار في المبصرات ونحو ذلك.

كتاب الشهادات

قوله: (إذ القاضي في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود) أقول: لا يقال فيلزم أن يقدم على أدب القاضي لأن المقاصد تقدم على الوسائل مع أن المحتاج هو القاضي فيلزم تحققه أولاً، وإليه تشير عبارة الشارح قوله: (ومن محاسن الشهادة بالحق الخ) أقول: أي ومن معرفات حسنه، ويؤيده قوله فلا بد من حسنه وإلا فكون الحسن عبارة عن نفس كونه مأموراً به مذهب الأشعري ولا ترتضيه الحنفية قوله: (فلا بد من حسنه) أقول: ذكر ضمير الشهادة باعتبار أنها مأمور بها قوله: (بصحة الشيء) أقول: أي بثبوته قوله: (إنها مشتقة من المشاهدة) أقول: بالاشتقاق الكبير قوله: (وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن إخبار صادق) أقول: فإطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل إطلاق البيع على بيع الحق وإطلاق اليمين على الغموس وقد مر في الأيمان قوله: (فالإخبار كالجنس يشملها) أقول: ويشمل سائر الأخبار الصادقة.

ما دعوا﴾ وقوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق. **(والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار)** لأنه بين حسبتين

الشهادة﴾ [البقرة: ٢٨٣] وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الإظهار للقاضي وهو الأداء فرضاً عليهم لأنه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الذي هو الكتمان إلا به، ثم أكد سبحانه التحريم المفاد بالنهي بقوله تعالى ﴿ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣] وهو تأكيد في تأكيد، لأن قوله تعالى ﴿فإنه آثم﴾ [البقرة: ٢٨٣] تأكيد، وإضافة الإثم إلى القلب الذي هو أشرف أعضاء البدن ورئيسها تأكيد في تأكيد. ولأنه هو محل الكتمان فهو محل المعصية بتمامها هنا، بخلاف سائر المعاصي التي تتعلق بالأعضاء الظاهرة فإنها وإن كانت مسبوقة بمعصية القلب هو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلاً لتمامها، قالوا: يلزم إذا كان مجلس القاضي قريباً، فإن كان بعيداً. فعن نصر: إن كان بحال يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه يجب لأنه لا ضرر عليه، ولو كان شيخاً لا يقدر على المشي فأركبه الطالب لابأس به، وعن أبي سليمان فيمن أخرج الشهود إلى ضيعة فاستأجر لهم حميراً فركبوها لا تقبل شهادتهم، وفيه نظر، لأنها العادة وهي إكرام الشهود وهو مأمور به وفصّل في النوازل بين كون الشاهد شيخاً لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجره دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل، ولو وضع للشهود طعاماً فأكلوا إن كان مهيأ قبل ذلك تقبل، وإن صنعه لأجلهم لا تقبل. وعن محمد لا تقبل فيهما. وعن أبي يوسف رحمه الله: تقبل فيهما، وهو الأوجه للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه شاهداً أو لا، ويؤنسه ما تقدم من أن الإهداء إذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الأمير يجوز كذا قيل، وفيه نظر، فإن الأداء فرض، بخلاف الذهاب إلى الأمير. وعند أبي بكر فيمن لا يعرفه القاضي إن علم أن القاضي لا يقبله نرجو أن يسعه أن لا يشهد. وفي العيون: إن كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه أن يمتنع، وإن لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب. وقال شيخ الإسلام: إذا دعى فأخر بلا عذر ظاهر ثم أدّى لا تقبل لتمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لاستجلاب الأجرة انتهى. والوجه أن تقبل ويحمل على التعذر من نسيان ثم تذكر أو غيره قوله: **(والشهادة في الحدود)** أي الأداء في

وسبب أدائها إما طلب المدعي منه الشهادة، أو خوف فوت حق المدعي إذا لم يعلم المدعي كونه شاهداً. وشرطها: العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، والإسلام إن كان المدعى عليه مسلماً. وحكمها: وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها، والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب، لكن لما شرط العدالة ليترجح جانب

قوله: **(وسبب تحملها)** أقول: تحمل الشهادة التي هي الإخبار مبنى على الكلام النفسي والشهادة تطلق على ما يتحمل بالاشتراك اللفظي قوله: **(معاينة ما يتحملها له)** أقول: أي لإثباته قوله: **(وسبب أدائها)** أقول: الظاهر أن المراد سبب وجوب أدائها قوله: **(إذا لم يعلم المدعي كونه شاهداً)** أقول: والحال أنه لو لم يشهد يفوت حق المدعي قوله: **(والقدرة على التمييز الخ)** أقول: يعني التمييز بالبصر قال المصنف: **(الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي)** أقول: الظاهر أن الواو ليست في محلها لكمال الاتصال بين الجملتين، فإن الثانية تأكيد للأولى إلا إذا جعل قوله إذا طالبهم قيداً للثانية فقط فتأمل قوله: **(واستدل بقوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾ أي ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها)** أقول: الاستدلال بالآية الكريمة على المطلوب موقوف، على أن يكون المراد إذا ادعوا ليقيموا الشهادة فلا وجه لقوله أو ليتحملوها في هذا المقام، بل الوجه أن يقال: لا ليتحملوها لأنهم قبل التحمل ليسوا بشهداء، ولا ضروة تدعونا إلى ارتكاب المجاز قوله: **(وسموا شهداء باعتبار ما يؤول إليه)** أقول: أي على الاحتمال الثاني قوله: **(يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة)** أقول: حيث أكد النهي بتأكيد بعد تأكيد وهو قوله تعالى: ﴿ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ ألا يرى إلى نسبة الإثم إلى الكاتم ثم إلى قلبه الذي هو أشرف أعضائه إذا فسد فسد جميع الجسد قوله: **(والنهي عن أحد النقيضين الخ)** أقول: وأخصر منه أن يقال: النهي عن أحد النقيضين يستلزم امتناعه شرعاً فيجب النقيض الآخر قوله: **(كان الإعلان ثابتاً)** أقول: وفي معراج الدراية: النهي عن الشيء يكون أمراً بضده إذا كان له ضد مقصود بأمر آخر، وهاهنا كذلك لأن الأداء منصوص بقوله تعالى: ﴿وأقيموا الشهادة﴾ قوله: **(وما لم يجب لا يثبت)** أقول: أي لا يلزم ثبوته فيجوز ارتفاع النقيضين قوله: **(وليس بالصحيح من المذهب)** أقول: بل هو الصحيح من المذهب على ما صححه في التوضيح وغيره. قال الشيخ الإمام سراج الدين الهندواني في شرح المغني: أما

إقامة الحد والتوقي عن الهتك **(والستر أفضل)** لقوله ﷺ للذي شهدا عنده «لو سترته بثوبك لكان خيراً لك» وقال

الحدود يخيّر فيها بين الأداء والترك لأن النهي في القرآن وإن كان عاماً لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر، فمن ذلك قوله ﷺ للذي شهد عنده «لو سترته بثوبك لكان خيراً لك»[١] كذا ذكره المصنف، والمعروف في الحديث أن هذا قاله ﷺ لهزال. ذكره مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد: بلغه أن رسول الله ﷺ قال لرجل من أسلم يقال له هزال «لو سترته بردائك لكان خيراً لك»[٢] والمراد بمرجع الضمير في قوله سترته ماعز رضي الله عنه. روى أبو داود عن يزيد بن نعيم عن أبيه: «أن ماعز بن مالك أتى النبي ﷺ فأقرّ عنده أربع مرات فأمر برجمه وقال لهزال: لو سترته بردائك لكان خيراً لك» وإن هزالاً هو لذي أشار على ماعز أن يأتي النبي ﷺ ويقرّ عنده ولم يكن شاهداً، لأن ماعزاً إنما حد بالإقرار. أخرج أبو داود عن ابن المنكدر أن هزالاً أمر ماعزاً أن يأتي النبي ﷺ فيخبره[٣]. ورواه الحاكم وزاد. وقال شعبة: قال يحيى: فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم ابن هذال فقل يزيد: هذا هو الحق، هذا حديث جدي وقال: صحيح الإسناد. ورواه ابن سعد في الطبقات، وفيه قال في هزال: «بئسما صنعت، لو سترته بطرف ردائك لكان خيراً لك، قال: يا رسول الله لم أدر أن في الأمر سعة»[٤] ومنه قوله ﷺمن رواية أبي هريرة «من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة»[٥] رواه البخاري ومسلم. وتلقين الدرء من رسول الله ﷺ: أي تلقين ما يحصل به الدرء دلالة ظاهرة على قصده إلى الستر والستر يحصل بالكتمان، فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصاً من عموم تحريمه، فمن ذلك ما أسند الطحاوي إلى أبي هريرة قال: «أتي بسارق إلى النبي ﷺ فقيل: يا رسول الله إن هذا سرق فقال ما إخاله سرق»[٦] وروى أبو داود: «أنه ﷺ أتي بلص

الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة. قال: **(الشهادة فرض تلزم الشهود الخ)** أداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانه أكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده، وشرط مطالبة المدعي تحقيقاً لسبب الأداء على ما مر، واستدل بقوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾ أي ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها، وسموا شهداء باعتبار ما تؤول إليه، وهو بظاهره يدل على النهي عن الإباء عند الدعوة، وبقوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن

النهي عن الشيء فأمر بضده إذا كان له ضد واحد باتفاقهم كالنهي عن الكفر يكون أمراً بالإيمان وإن كان له أضداد، ففيه الخلاف انتهى قوله: **(على أن طلبه شرط وهو غير السبب)** أقول: ولك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازاً قوله: **(لأن معنى كلامه إلى قوله: فلا مخالفة حينئذ)** أقول: فيه بحث، فإن سببية الشيء للشيء لا يكون إلا بعد وجود الشيء الأول، فالوجود داخل في جملة السبب ولهذا لم يعد العقلاء وجودات العلل عللاً أخرى فافهم قوله: **(قلت نعم لأنه خطاب وضع يدل على سببية غيره)** أقول: الأول مسلم والثاني ليس كذلك. قال في التوضيح في تعريف الحكم: الخطاب نوعان: إما تكليفي وهو المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير، وإما وضعي وهو الخطاب بأن هذا سبب ذلك أو شرط ذلك كالدلوك سبب للصلاة والوضوء شرط لها قوله: **(ورد بأن الاعتبار لعموم اللفظ)** أقول: العموم مسلم لجواز أن يكون اللام للعهد: أي شهداء الديون قوله: **(وقيل إن الخبر الأول ورد في ماعز)** أقول: إذا كان وارداً في حكاية ماعز ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قوله للذي شهد عنده فتأمل قوله: **(لأن شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الواحد**

(١) غريب هكذا. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٧٤ الذي قال له النبي ﷺ هذا القول لم يشهد عنده بشيء، ولكنه حمل ماعزاً على الاعتراف اهـ ووافقه ابن الهمام بأنه المعروف في هذا الحديث أنه قال لهزال.

(٢) تقدم في حد الزنا.

(٣) تقدم في حد الزنا.

(٤) أخرجه الحاكم ٤/ ٣٦٣ وأحمد ٥/ ٢١٦ وتقدم في الحدود مستوفياً.

(٥) صحيح. أخرجه مسلم ٢٦٩٩ وأبو داود ٤٩٤٦ والترمذي ١٤٢٥ وابن ماجه ٢٢٥ وأحمد ٢/ ٢٥٢. ٥٠٠. ٥١٤ وابن حبان ٥٣٤ والبغوي ١٢٧ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة بأتم منه.
وأخرجه البخاري ٢٤٤٢ و ٦٩٥١ ومسلم ٢٥٨٠ وأبو داود ٤٨٩٣ والترمذي ١٤٢٦ وابن حبان ٥٣٥ والبيهقي ٦/ ٩٤ و ٨/ ٣٣٠ وأحمد ٢/ ٩١ من طرق كلهم من حديث ابن عمر: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا يُسْلِمُهُ. من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرّج من مسلم كربةً فرّج الله بها عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة».

(٦) تقدم في باب السرقة.

عليه الصلاة والسلام: «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة» وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر **(إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذ)** إحياء لحق المسروق منه **(ولا يقول سرق)** محافظة على الستر، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع

قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع، فقال له ﷺ: ما إخالك سرقت، قال فأعاد مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع»[1] الحديث. وروي عن ابن عباس: «أن النبي ﷺ قال لماعز: لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت، قال لا»[2] الحديث قدمناه في الحدود. فإن قلت: كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه وهي أخبار آحاد، وأيضاً شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن أين ثبت لك ذلك. قلت هذه الأخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغاً لا تنحط به عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الأمة لها فصح التخصيص بها، أو هي مستند الإجماع على تخيير الشاهد في الحدود، فثبوت الإجماع دليل ثبوت المخصص. وأما المقارنة فإنما هي شرط التخصيص في نفس الأمر، وهذا التخصيص الذي ادعيناه هنا ليس بذلك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض من كتاب تحرير الأصول من أن الجمع بين العام والخاص إذا تعارضا بأن يحمل على تخصيصه به، فإذا وجب للجمع حمله على ذلك تضمن الحكم منا بأنه كان مقارناً أو أنها ليست تخصيصات أول[3] كما أنا إذا رجحنا في التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتهما تضمن حكمنا أن المبيح كان مقدماً على التحريم فنسخ حكماً لوجوب ترجيح المحرم وإن لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه، وكثيراً ما يعترض بعض متأخري الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بأن المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص، ومرادهم في تلك الأماكن ما ذكرنا، هذا كله إذا نظرنا إلى مجرد إطلاق قوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] فأما إذا قيدناه بم إذا دعوا للشهادة في الدين المذكور أول الآية: أي قوله تعالى ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ ثم قال ﴿ولا يأبى الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] يعين بذلك الدين فظاهر قوله: **(إلا أنه يجب أن يشهد بالمال)** استدراك من قوله مخيّر في الحدود، فإنه يقتضي أن لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر أنه لا يشهد فيها مطلقاً لاستلزامه الحد فقال يجب أن يشهد بالمال إحياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول أخذ المال ولا يقول سرق، فإن الأخذ أعم من كونه غصباً أو على ادعاء أنه

يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ وهو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة، والنهي عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان، فإذا كان الكتمان منهياً عنه كان الإعلان ثابتاً وهو يساوي الإظهار فيكون ثابتاً، وثبوته بالأداء وما لم يجب لا يثبت فكان إظهار الأداء واجباً. قال في النهاية: النهي عن الشيء لا يكون أمراً بضده إذا لم يكن له ضد واحد، وأما إذا كان فهو أمر به كالنهي عن الكتمان عما في الأرحام فإنه أمر بضده، وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في أصول الفقه **(وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق)** ونوقض بما إذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد أنه إن لم يشهد يضيع حقه فإنه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة.

فيها بالستر) أقول: الظاهر أن يقال لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر قوله: **(والكتمان إنما يحرم لخوف فوات حق المحتاج)** أقول: التخصيص إضافي فإن في عتق الأمة وطلاق المرأة يحرم الستر والكتمان وليس ثمة خوف فوت حق المحتاج فتأمل. ومحل الجواب أن التخصيص إضافي بالإضافة إلى حقوق الله تعالى التي تستوفى لا حقيقي. أو نقول: المراد الخوف أو الكتمان في الحقوق التي تستوفى إنما يحرم الخ قال المصنف: **(إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة)** أقول: استدراك من قوله مخير في الحدود، إذ قد يتوهم منه أنه لا يشهد في السرقة مطلقاً لاستلزامه الحد فقال يجب لدفعه.

---

(١) تقدم في الحدود.

(٢) تقدم في حد الزنا.

(٣) قوله: **(أول)** بضم الهمزة وفتح الواو جمع أولى.

والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه (**والشهادة على مراتب: منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال**) لقوله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ ولقوله تعالى: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ (**ولا تقبل فيها شهادة النساء**) لحديث الزهري رضي الله عنه: مضت السنة من لدن رسول الله عليه الصلاة والسلام والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها

ملكه مودعاً عند المأخوذ منه وغير ذلك، فلا تستلزم الشهادة بالأخذ مطلقاً ثبوت الحد بها مع أن فيه مصلحة للمسروق منه، لأنه إذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمن المال إن كان أتلفه قوله: (**والشهادة على مراتبها**) أربعة (**منها الشهادة في الزنا**) والشهادة في بقية الحدود والقصاص، والشهادة فيما سواها من المعاملات، والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء. أما على الزنا فيعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] وروى ابن أبي شيبة: حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء[1] انتهى. وتخصيص الخليفتين، يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لأنهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما إلا الاتباع، ولأن النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى ﴿أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] فقبول امرأتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود. وغاية الأمر المعارضة بين عموم ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢] وبين هذه فتقدم هذه لأنها مانعة وتلك مبيحة. وأيضاً هذه تفيد زيادة قيد

والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة، فإن الموجب للأداء عند الطلب إحياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فألحق به. لا يقال: قد مر آنفاً أن طلب المدعي سبب لأداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف بقوله وإنما يشترط طلب المدعي فإنه يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لأن معنى كلامه وإنما يشترط وجوب سبب الأداء وهو طلب المدعي، فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ. فإن قلت: أما تجعله شرطاً، وقوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء﴾ ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾ سبباً. قلت: نعم لأنه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ قال: (**والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار الخ**) الشاهد في الحدود يخير بين أن يستر وأن يظهر لأنه مخيّر بين أن يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد، وبين أن يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله، والستر أفضل نقلاً وعقلاً، أما الأوّل فقوله ﷺ للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الأسلمي: «لو سترته بثوبك» وفي رواية: «بردائك لكان خيراً لك» وقوله ﷺ: «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة» وما روي من تلقين الدرء عن النبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم فإن فيها دلالة ظاهرة على أفضلية الستر. قيل الأخبار معارضة لإطلاق الكتاب وإعمالها نسخ لإطلاقه، وهو لا يجوز بخبر الواحد. وأجيب بأن الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها. وردّ بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب. والحق أن يقال: القدر المشترك فيما نقل عن النبي ﷺ وأصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجازت الزيادة به. وقيل إن الخبر

قوله: (**ولفظ أربعة نص الخ**) أقول: فيه بحث، إلا أن يراد النص المصطلح أو يكون الكلام على التشبيه قوله: (**فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده**) أقول: إذ وقوف الأربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق قوله: (**وإنما قال شبهة البدلية إلى قوله مع إمكان الأصل**) أقول: فيه أن ذلك في الخلف لا في البدل، فإن المسح على الخف بدل عن غسل الرجل مع أنه يصار إليه مع إمكان المبدل منه فليتأمل قوله: (**لما مر في عموم اللفظ**) أقول: فيه بحث قوله: (**والذكورة والبلوغ**) أقول: وفي قاموس اللغة الرجل بضم الجيم وسكونه معروف، وإنما هو إذا احتلم وشب أو هو رجل ساعة يولد انتهى، ففي قوله والبلوغ تأمل.

---

(١) مقطوع. جاء في نصب الراية ٤/٧٩ ما ملخصه: رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ١١/٧٩ عن الزهري فذكره وأخرج أيضاً عن الشعبي والنخعي والحسن والضحاك قالوا: لا تجوز شهادة النساء في الحدود. وأخرجه عبد الرزاق بسنده عن علي قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء اهـ. وهذا الأخير فيه الحسن بن عمارة متروك. والصواب كونه عن الزهري، وغيره من التابعين، وهو مقطوع لأنه قول التابعي كما هو مقرر في كتب المصطلح لكن له حكم الرفع عند أكثر علماء هذا الفن. والله أعلم.

مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات **(ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين)** لقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ **(ولا تقبل فيها شهادة النساء)** لما ذكرنا قال: **(وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالاً أو غير مال مثل النكاح)** والطلاق والعتاق والعدّة والحوالة والوقف والصلح **(والوكالة والوصية)** والهبة والإقرار والإبراء والولد والولاد والنسب ونحو ذلك.

وزيادة القيد من طرق الدرء فإنه كلما كثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة إلى ما ليس فيه زيادة تقييد، ولأن فيها شبهة البدلية، ولذا تقبل فيها الشهادة على الشهادة، وذلك لأن قوله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية ظاهرة أنه لا تقبل شهادتهن إلا عند عدم رجال يشهدون. وقد روي عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولاً به عند أهل الإجماع نزلت إلى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرىء بالشبهات. وسائر ما سوى حدّ الزنا من الحدود يقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا، وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات: أي وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان سواء كان الحق مالاً أو لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب. وقال الشافعي: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها كالإذن وشرط الخيار والشفعة والإجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب إلا المال، وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة إلا النجم الأخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه، لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط، كقول الشافعي رحمه الله قال مالك. وعن أحمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهما، وقصور الولاية حتى أنها لا تصلح للإمارة ولا تقبل شهادة الأربع منهن، لكن خرج عن الأصل شرعاً في الأموال ضرورة لكثرة وقوع أسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة، وكذا العادة أن يوسع فيما يكثر وقوعه، بخلاف النكاح فإنه مع كونه أعظم خطراً أقل وقوعاً فلا يلحق الحرج بالاشتراط، ولذا قال تعالى في الرجعة ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] والرجعة من توابع النكاح فألحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق. قال المصنف **(ولنا أن الأصل فيها القبول)** فابتدأ بتضمين منع مقدمته القائلة الأصل عدم القبول، ثم أثبت هذه بوجود ما ينبنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ. واعترض بأن المشاهدة والضبط أهلية الأداء لا أهلية الشهادة، بل هي

الأول ورد في ماعز وحكايته مشهورة يجوز الزيادة به، وفيه نظر لأن شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر، وأما الثاني فلأن الستر والكتمان إنما يحرم لخوف فوات حق المحتاج إلى الأموال والله تعالى غنيّ عن العالمين، وليس ثمة خوف فوات الحق فبقي صيانة عرض أخيه المسلم، ولا شك في فضل ذلك قوله: **(إلا أنه يجب أن يشهد)** استثناء من قوله يخيّر، وهو منقطع لأن الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة في الحدود، وإنما يجب ذلك لأن فيها إحياء لحق المسروق منه فيقول أخذ ولا يقول سرق **(محافظة على الستر)** ولأنه بين أمرين لا يجتمعان القطع والضمان، وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد، والستر الكلي إبطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز. والإقدام على إظهار السرقة ترجيح حق الله الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة. قال: **(والشهادة على مراتب)** رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة، فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ ولقوله تعالى: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة وأما الإسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها. وأما اشتراط الأربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحبّ الستر على عباده ولا يرضى بإشاعة الفاحشة **(ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري: مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين)** يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما **(من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص)** وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما من قوله ﷺ: «اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر» **(ولأن في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال)** في غير الحدود، قال الله تعالى: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ على سياق قوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ وإنما قال شبهة البدلية لأن حقيقتها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل كالآية الثانية،

وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة ولهذا لا تقبل في الحدود، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها قبلت في الأموال ضرورة، والنكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً فلا يلحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والأداء، إذ بالأول يحصل العلم للشاهد، وبالثاني يبقى، وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل إخبارها في الأخبار، نقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرىء بالشبهات، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الأربع على خلاف القياس كي لا يكثر خروجهن.

كما قال في الأسرار: إن أهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية، والإرث والنساء في هذا كالرجال. بقي أهلية التحمل وهو بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لأحاديث الأحكام الملزمة للأمة. فعن هذا قد يقال والله تعالى أعلم: إن جعل الشارع الثنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لإظهار درجتهن عن الرجال ليس غير، ولقد نرى كثيراً من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجل لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الأمرين في جنس النساء. سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وإن كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ لكن ذلك انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق حينئذ إلا الشبهة فلم تقبل يندرىء بالشبهات، وهذه لحقوق تثبت مع الشبهات، وأما عدم قبول الأربع فعلي وخلاف القياس كأنه كي لا يكثر خروجهن قوله: **(وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب وبالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة)** مسلمة حرّة عدلة والثنتان أحوط وبه قال أحمد. وشرط الشافعي أربعاً، ومالك ثنتين. له أن كل ثنتين يقومان مقام رجل. ولمالك أن المعتبر في الشهادة أمران العدد والذكورة، وقد سقط اعتبر الذكورة فبقي العدد. ولنا ما روى محمد بن الحسن في أول باب شهدات النساء من الأصل عن أبي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس قالوا: قال رسول الله ﷺ: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه»[1] وهذا مرسل يجب العمل به[2]. وجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على أن اللام لما لم

وليس شهادتهن كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين، وإذا كان فيها شبهة البدلية **(فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود)** كحدّ الشرب والسرقة وحد القذف **(والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾)** فإنه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مرّ من عموم اللفظ، وهو نص في بيان العدد

قال المصنف: **(ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة)** أقول: يعني أهلية قبولها فالمضاف مقدر قوله: **(والمشاهدة والضبط والأداء ليست بعلة لذلك الخ)** أقول: وإلا لكان العبد والصبي العاقل والكافر أهلاً للشهادة قوله: **(لعدم توقفها عليها)** أقول: لتقدم أهلية الشهادة على الأداء قوله: **(كذلك)** أقول: لا جمعا ولا فرادى قوله: **(على أنه لا يلزم من وجوده وجود للشروط)** أقول: يعني أهلية الشهادة قوله: **(فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة الخ)** أقول: اللازم من هذا التعليل التوقف لا العلية، إلا أن يرتكب التأويل في كلامه بأن يراد بالعلية المدخلية فيها قوله: **(وهو القبول)** أقول: أي أهلية القبول.

---

(١) باطل. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٠ وقال: غريب.
قلت: والإسناد الذي ذكره ابن الهمام من طريق أبي يوسف فيه غالب بن عبيد الله العُقيلي الجزري جاء في الميزان ما ملخصه: يروي عن عطاء ومكحول ومجاهد قال ابن معين عنه: ليس بثقة. وقال الدارقطني: متروك. وتركه وكيع لأنه قال: حدثنا ابن المسيب ا هـ. قلت: وهذا الحديث من هذا القبيل فقد جمع أئمة بل ثقات التابعين معاً في هذا الخبر، ولو وجد هذا الخبر عند واحد منهم لما تركه أصحاب الكتب الستة لشهرة هؤلاء الأربعة، فالخبر مركب، وعلته غالب هذا.

(٢) هذا لو ثبت كيف وهو مركب مزوّر!؟

قال: **(وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» والجمع المحلى بالألف واللام يراد بها لجنس فيتناول الأقل. وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الأربع، ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد إلا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام **(ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق)** وأما حكم البكارة فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها

يكن اعتبارها في العهد إذ لا عهد في مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والأكثر أحسن فقلنا كذلك. وروى عبد الرزاق: أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن[1] الزهري قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن، وهذا مرسل حجة عندنا، وهو مثل ما ذكره المصنف، ورواه ابن أبي شيبة. وروى عبد الرزاق أيضاً أخبرنا أبو بكر بن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضي الله عنه قال: لا تجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء. وله مخارج أخر[2]. قال المصنف: **(ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق)** أي

والذكورة والبلوغ خلا أن باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله قوله: **(ولا تقبل شهادة النساء)** يجوز أن يكون جواباً عما يقال، فالآية هذه عقبت بقوله: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ وليست شهادتهن فيها مقبولة. ووجهه أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم، ولئن أوجب فعدم قبوله لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن. فإن قلت: ما مسلك الحديث من الآية هاهنا أتخصيص أم نسخ. قلت: مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه، وهو إما التخصيص إن ثبتت المقارنة أو النسخ. وقول الزهري: مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الأول بالقبول فكان مشهوراً تجوز الزيادة به. قال: **(وما سوى ذلك من الحقوق الخ)** وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق **(مالاً كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية)** أي الوصاية لأنه في تعداد غير المال **(ونحو ذلك)** يعني العتاق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين بما تلونا وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها، كالإعارة والإجارة والكفالة والأجل وشرط الخيار. واستدل بأن الأصل شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة **(ولهذا)** أي ولأن الأصل عدم القبول **(لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها مستثناة من ذلك الأصل في الأموال ضرورة إحياء حقوق العباد)** لكثرة وقوعها ودنوّ خطرها فلا يلحق بها ما هو أعظم خطراً وأقل وجوداً كالنكاح والطلاق والرجعة والإسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص **(ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة)** التي يحصل بها العلم والضبط

قوله: **(ولم يذكر الجواب عن الخ)** أقول: فيما بحث قوله: **(لا نقصان في عقلهن)** أقول: في صحاح الكتاب الإيمان. من المصابيح عن أبي سعيد الخدري قال: «خرج رسول الله ﷺ في أضحى أو فطر إلى المصلى، فمر بالنساء فقال: يا معشر النساء تصدقن فإني أريتكن أكثر أهل النار، فقلن: وبم يا رسول الله؟ فقال: تكثرن اللعن وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن، قلن: وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله؟ فقال: أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟ قلن: بلى، قال: فذلك من نقصان عقلها، قال: أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم؟ قلن: بلى، قال: فذلك من نقصان دينها» انتهى الحديث الشريف. وأنت خبير بأن ما ذكره الشارح مخالف لظاهر الحديث قوله: **(في تحصيل البديهيات الخ)** أقول: فيه أنهن لوجوب احتجابهن وسترهن أكثر البديهيات محجوبة عنهن كما لا يخفى قوله: **(لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان وليس كذلك)** أقول: فيه أن تكليفهن دون تكليف الرجال؛ إلا يرى أنه لا تفرض لهن الصلاة أيام حيضهن فتأمل في جوابه قوله: **(ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة)** أقول: ولا يخفى عليك أيضاً أن الشهادة ضرب من الولاية.

---

(١) الصواب حذف لفظ: عن. لأن ابن شهاب هو الزهري.

(٢) ذكر الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٠ هذه الآثار. وجاء في سنن البيهقي ١٠/ ١٥٠ بسنده عن الشعبي قال: كان شُريح يجيز شهادة النسوة على الاستهلاك وما لا يطلع عليه الرجال. قال البيهقي: وهذا قول الكافة اهـ وانظر تعليقات ابن التركماني في الجوهر النقي ١٠/ ١٥١ وهذه بمجموعها حجة.

لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل، وكذا في رد المبيعة إذا اشتراها بشرط البكارة، فإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع، وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي

في باب ثبوت النسب منه. وفي المبسوط: لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فاتفق نظري إليها تقبل إذا كان عدلاً، ولو قال تعمدت النظر لا تقبل، وبه قال بعض أصحاب الشافعي. وقال بعض مشايخنا: إن قال تعمدت النظر تقبل أيضاً، وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله. وأما حكم البكارة، فإن شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فإذا مضت فقال وصلت إليها فأنكرت ترى النساء، فإن قلن هي بكر تخيّر فإن اختارت الفرقة فرق للحال، وإنما فرق بقولهن لأنها تأيدت بمؤيد وهو موافقة الأصل، إذ البكارة أصل، ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لا في إلزام الخصم، وكذا في رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب يريها النساء، فإن قلن هي بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الأصل، وإن قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ لأن حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم

الذي يبقى به العلم إلى وقت الأداء والأداء الذي يحصل به العلم للقاضي **(ولهذا)** أي ولكون القبول أصلاً فيها **(قبل إخبارها في الأخبار)** ولقائل أن يقول: ما ذكرتم مما يبتنى عليه أهلية الشهادة إما أن يكون علة لها أو شرطاً. لا سبيل إلى الأول لأن أهليتها بالحرية والإسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والأداء ليست بعلة لذلك لا جمعاً ولا فرادى. والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك لا جمعاً ولا فرادى، على أنه لا يلزم من وجوده وجود المشروط. والجواب أن أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والإسلام والبلوغ. وأما المشاهدة والضبط والأداء فليست بعلة لها، وإنما هي علة لأهلية قبولها، فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالإسلام والبلوغ والحرية والذكورة أيضاً وفاته أحد الأمور المذكورة المشاهدة أو الضبط أو الأداء إذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته، وإن كانت علة استلزام وجودها وجود معلولها وهو القبول، وعلى هذا يقدر في كلام المصنف مضاف: أي أهلية قبول الشهادة قوله: **(ونقصان الضبط)** جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط. وتوجيهه أن يقال: إن ذلك بعد التسليم انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها، وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها. أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل، وأما الوكالة والإيصاء والأموال فإنه يجري فيها كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة، وذلك أمارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال، ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل، ولا عن قوله لقصور الولاية. والجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف. وبيان ذلك أن للنفس الإنسانية أربع

قوله: **(والعيوب من النساء في موضع الخ)** أقول: قوله في موضع فيه العيوب للاحتراز عن مثل الأصبع الزائدة قوله: **(فهو قصر إفراد قصر الموصوف على الصفة)** أقول: فيه شيء، فإن ما ذكره هو قصر الصفة على الموصوف. ثم لا يخفى أنه ليس في عبارة الكتاب ما يفيد القصر أصلاً، بل مراد صاحب النهاية التخصيص الذكري فإنه يفيد نفي الحكم عما عداه في الروايات. فالأصوب أن يقال: سكوته عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه مما ذكره بطريق الدلالة فليتأمل قوله: **(لا عكسه كما فهم صاحب النهاية)** أقول: عبارة النهاية ثم اعلم أنه ذكرها هنا ثلاثة أشياء، ثم خص شهادة امرأة واحدة، وهذا التخصيص صحيح في حق البكارة لا في حق الولادة والعيوب، فإن شهادة رجل واحد تقبل أيضاً فيهما لأنه ذكر في الإيضاح مطلقاً بقوله وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة، لأنه إذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول رجل واحد أولى وكذا ذكر في باب وشهادة النساء من شهادات المبسوط قال: ولم يذكر في الكتاب أنه لو شهد بذلك: أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بأن قال فاجأتها فاتفق نظري إليها. والجواب أنه لا يمنع قبول شهادته إذا كان عدلاً في مثل هذا الموضع. لما الصحيح أنه لا يشترط العدد لأن شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة، فلما ثبت المشهود به هاهنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى. وقد قال بعض مشايخنا: إنه وإن قال تعمدت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا انتهى بعبارته. أقول: القياس على سائر المراتب: أي مراتب الشهادة يقتضي ما ذكره في النهاية قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام: «شهادة النساء» الخ)** أقول: دليل لأصل الدعوى قوله: **(ينصرف إلى الجنس)** أقول: إذ الكل ليس بمراد قطعاً قوله: **(فعملنا بهما الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لم يثبت بما ذكره أحوطية العدد.

حنيفة رحمه الله في حق الإرث لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة لأنها من أمور الدين. وعندهما تقبل في حق الإرث أيضاً لأنه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة. قال:

البيع وهي بكر، فإن لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهي بكر، فإن نكل ردت عليه، وإن حلف لزم المشتري، وأما شهادتهن على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلاة عليه بالاتفاق، وأما في حق الإرث فعندهما كذلك، وعند أبي حنيفة لا تقبل إلا شهادة رجلين وامرأتين لأن الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال، بخلاف الولادة فإنها انفصال الولد من الأم فلا يطلع عليه الرجال هما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة، وبقولهما قال الشافعي وأحمد وهو أرجح قوله: **(ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة)** حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل. وثالث وهو

مراتب: الأولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرتهم. والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر، ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف. والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب وهو يسمى العقل بالفعل. والرابعة هو أن يستحضرها ويلتفت إليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد، وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه إن نسيت، فإنه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان وليس كذلك، وقوله ﷺ: «هن ناقصات عقل» المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة، وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضاً فتأمل قوله: **(وعدم قبول الأربع)** جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الأربع. ووجهه أن القياس يقتضي قبول ذلك أيضاً لكنه ترك ذلك كي لا يكثر خروجهن. قال: **(وتقبل في الولادة والبكارة)** اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصر إفراد قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية. واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله ﷺ: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» ووجه الاستدلال أن الألف واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف إلى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه. وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادات. قوله: **(ولأنه)** دليل معقول لنا. ووجهه أن الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لأن نظر الجنس أخفّ وفي إسقاط العدد تخفيف النظر فيصار إليه، إلا أن المثنى والمثلث أحوط لما فيه من معنى الإلزام واعترض بأن في هذا التعليل نوع مناقضة، لأنه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة. والجواب أن يقال: خفة النظر توجب عدم وجود اعتبار العدد، ومعنى الإلزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطاً **(ثم حكمها)** أي حكم شهادة امرأة واحدة في الولادة **(شرحناه في الطلاق)** يعني في باب ثبوت النسب حيث قال: وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة، وإن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: تطلق، وإن كان الزوج قد أقرّ بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة: يعني تثبت الولادة بقول امرأته وعندهما يشترط شهادة القابلة، وأما حكم البكارة فإنها سواء كانت مهيرة أو مبيعة لا بد من نظر النساء إليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينهما، فإذا نظرن إليها وشهدن فإما أن تتأيد شهادتهن بمؤيد أو لا، فإن كان الأول كانت شهادتهن حجة، وإن كان الثاني لا بد أن ينضم إليها ما يؤيدها، فعلى هذا إذا شهدن بأنها بكر فإن كانت مهيرة تؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لأن شهادتهن تأيدت بالأصل وهو البكارة، وإن كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك ولمقتضى البيع وهو اللزوم،

قوله: **(وإن قلن إنها الخ)** أقول: وفيه بحث يعلم من قوله يعني في حق سماع الدعوى والتحليف قوله: **(فإذا قلن إنها ثيب ثبت العيب الخ)** أقول: فيه أنه حينئذ لا يستقيم قوله وشهادتهن حجة ضعيفة الخ، فإن الحكم في شهادة الرجال بالعيوب كالإباق كما ذكر هاهنا بلا فرق فليتأمل. والجواب أن الفرق فيما إذا كان النزاع قبل القبض حيث يلزم المشتري إذا حلف البائع كاف في ضعف حجتها، وفيه تأمل قوله: **(ثم يحلف البائع، إلى قوله: كانت في يده الخ)** أقول: فما الجواب فيما قبل القبض؟

(ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة، فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) أما العدالة فلقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ ولقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ ولأن العدالة هي المعينة للصدق، لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته، والأول أصح، إلا أن

التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل، وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتمال. أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] وقال تعالى ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولأن العدالة هي المعينة لجهة الصدق، فإن الشهادة إخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر إلى نفس المفهوم، فبذلك لا يلزم كونه صدقاً حتى يعمل به. فإن قيل: المنكر أيضاً قد يكون عدلاً. فالجواب أنه يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح إخبار المدعي بالشهادة **(وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس)** كمباشري السلطان والمكسة وغيرهم **(تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته، والأول أصح)** لأن هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل **(إلا أن القاضي إن قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا)** ويكون القاضي عاصياً **(وأما)** اشتراط **(لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها)** أي في النصوص **(بهذه اللفظة)** قال تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [البقرة: ٢٨٢] ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ [الطلاق: ٢] وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد»[(١)].

وإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن لأن الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر، فإن حلف لزم المشتري وإن نكل ترد عليه. فإن قيل: شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب بالردّ بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث. أجاب بأن العيب يثبت بقولهن: يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فإن المشتري إذا ادعى عيباً في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف، وإلا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل. فإذا قلت: إنها ثيب ثبت العيب في الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده. وأما شهادتهن على استهلال الصبيّ ففي حق الإرث عند أبي حنيفة رحمه الله غير مقبولة لأن الاستهلاك صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلاة مقبولة لأنه من أمور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتهن على هلال رمضان. وعندهما في حق الإرث أيضاً مقبولة لأنه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة.

والجواب أن المعتبر في ذلك إمكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن، ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الأم وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء **(قال ولا بد في ذلك كله من العدالة الخ)** لا بد في المال وغيره مع ما ذكرنا من

قوله: **(وأما اشتراط العدالة الخ)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(فلقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾)** أقول: فإن قيل: بعض النصوص وردت مطلقة كما سبق، وإذا دخل النص المطلق والمقيد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عندنا فكيف يثبت اشتراط العدالة؟ قلنا: المطلق ينصرف إلى الكامل قوله: **(وما سواها معدات)** أقول: فيه بحث، إلا أن يحمل على المعد المصطلح قال المصنف: **(ويمتنع عن الكذب بمروءته)** أقول: تجيء المسألة في باب من تقبل شهادته، وفي التعليل مغايرة.

---

(١) ضعيف. أخرجه الحاكم ٤/٩٨ والبيهقي ١٠/١٥٦ كلاهما من حديث ابن عباس. بنحوه.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٢: قال الحاكم: صحيح الإسناد، وتعقبه الذهبي فقال: بل هو حديث واهٍ فإن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد.
قال الزيلعي: وبه أعله ابن عدي والعقيلي، وأسند ابن عدي تضعيفه عن النسائي، ووافقه ا هـ وسيأتي لفظه وكذا أعله البيهقي به، وقال: لم يرو من وجه يعتمد.

القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: لا يصح، والمسألة معروفة. وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة، ولأن فيها زيادة توحيد، فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشدّ. وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنها شهادة لما فيه من معنى

وحاصل هذا أن النصوص وردت بلفظ الشهادة. فإن قيل: غاياتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى: ﴿وربك فكبّر﴾ [المدثر: ٣] ولم يرد من السنة في تكبير الافتتاح إلا بلفظ التكبير كقوله ﷺ: «تحريمها التكبير»[1] ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة فمن أين لزم في الشهادة؟ قلنا: لفرق معنوي وهو أن لفظة الشهادة أقوى في إفادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كأعلم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولأنها من ألفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر. وقد وقع الأمر بلفظ الشهادة في قوله تعالى: ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ [الطلاق: ٢] وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد»[2] فلزم لذلك لفظ الشهادة، بخلاف التكبير فإنه التعظيم، وليس لفظ أكبر أبلغ من أجلّ وأعظم فكانت الألفاظ سواء، فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر. وقوله: (في ذلك كله) أي في المراتب الأربع كلها تشترط فيها العدالة، ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها. وقوله: (هو الصحيح) احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لأنها خبر كالشهادة على هلال رمضان. ووجه الظاهر وهو قول

شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل أكثر من سيئاته، وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر (ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت (أما اشتراط) العدالة فلقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ والفاسق لا يكون مرضياً ولقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ (ولأن) الشهادة حجة باعتبار الصدق و (العدالة هي المعينة للصدق) فهي علة الحجية وما سواها معدّات (لأن من يتعاطى غير الكذب) من محظورات دينه (فقد يتعاطاه أيضاً. وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً) أي ذا قدر وشرف (في الناس ذا مروءة) أي إنسانية والهمزة وتشا بد الواو فيها لغتان (تقبل) شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته، والأول يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقاً وجيهاً ذا مروءة كان أو لا (أصح) لأن قبولهما إكرام للفاسق ونحن أمرنا بخلاف ذلك، قال ﷺ: «إذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر» والمعلن بالفسق لا مروءة له (لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا، وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى: ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ و ﴿أشهدوا إذا تبايعتم﴾ و ﴿استشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ وقال ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع» (ولأن في لفظة الشهادة زيادة توكيد) لدلالتها على المشاهدة (ولأن قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد) وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فإنه للتعظيم فيجوز تبديل ما هو أصرح فيه به قوله: (في ذلك كله) يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك: أي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه

قوله: (بوجه مكفهر) أقول: أي شديد العبوس قال المصنف: (إذ الأمر فيها بهذه اللفظة) أقول: فيه كلام لأنه ليس معنى لفظ أشهد بل معناه أخبر فلا يثبت الاشتراط بمجرد ما ذكره. وجوابه أن الشهادة هوالإخبار عن مشاهدة وعيان وهو الملزم للقاضي لا مطلق الإخبار فتأمل قوله: (ولأن في لفظة الشهادة) أقول: الأولى أن يجعل هذا وجهاً لدلالة النصوص على الاشتراط، إذ لا تظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يجعل دليلاً مستقلاً على المدعي كما فعله قوله: (بخلاف لفظ التكبير الخ) أقول: جواب عما يقال ما الفرق بين الأوامر المشتقة من الشهادة وبين غيرها من الأوامر حتى روعي في الأولى اللفظ الذي ورد به الأمر دون الثانية مثل كبير.

---

(١) تقدم مستوفياً في باب الوضوء من كتاب الطهارة.
(٢) تقدم قبل حديث واحد، وهو ضعيف.

الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والإسلام (**قال أبو حنيفة رحمه الله: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم**) لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في قذف» ومثل ذلك مرويّ عن عمر رضي الله عنه، ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرّم دينه، وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع (**إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود**) لأنه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها، ولأن الشبهة فيها دارئة، وإن طعن الخصم فيهم سأل عنهم

سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه إفادة اشتراطها، بخلاف رمضان فإن اللازم فيه ليس الشهادة بل الإخبار ذكر في الخلاصة في كتاب الشهادات، لو أخبر عدل القاضي بمجيء رمضان يقبل قوله ويأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم، ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء، أما في العيد فيشترط لأنه يدخل تحت الحكم لأنه من حقوق العباد انتهى. ولهذا احتاجوا إلى الحيلة في إثبات الرمضانية. قالوا: يدّعي عند القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقرّ الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان، لأن إثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم. ذكره أيضاً في شهادات الخلاصة. واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والإسلام: يعني في الشهادة على المسلم، وإلا فالذمي يجوز أن يشهد على مثله عندنا قوله: (**قال أبو حنيفة**) يعني لما اتفق الأئمة الأربعة على وجوب العدالة. قال

الحرية والإسلام. وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فإنهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة، فإذا أقام المدعي الشهود فلا يخلو إما أن يطعن الخصم أو لا، فإن كان الثاني قال أبو حنيفة رحمه الله: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف» وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه، ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية. فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، وهاهنا يثبت للمدعي استحقاق المدعى به بإقامة البينة. فالجواب ما أشار إليه بقوله إذ لا وصول إلى القطع، وبيانه أنه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج إلى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل أيضاً عمل بالظاهر لما أن الظاهر أن قول المزكي صدق فالكلام فيه كالأول وهلم جراً، ويدور أو يتسلسل. ويجوز أن يقال: بالظاهر هاهنا اعتبر للرفع لا للاستحقاق، وبيان ذلك أن دعوى المدعي وإنكار الخصم تعارضاً، وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك، وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعاً قوله: (**إلا في الحدود والقصاص**) استثناء من قوله ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم، إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها، ولأن الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على ما يسقط به ذلك، وإن كان الأول يسأل عنهم بالاتفاق، لأن ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم إذا طعن فيهم، فإن الظاهر أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لأجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ إلى الترجيح. وقال أبو يوسف ومحمد: لا بد أن يسأل عنهم في السرّ والعلانية في جميع الحقوق، لأن مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة، وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً (**وقيل**

قوله: (**إذ لا وصول إلى القطع**) أقول: يمكن الوصول إلى القطع بالتواتر، فالأولى أن يقال: يكتفي بالظاهر للاستحقاق إذا لم يكن ثمة منازع، كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده إذا لم يكن له منازع، وهنا كذلك إذ الكلام فيما إذا لم يطعن الخصم في الشهود. قوله: (**وبيانه أنه لو لم يكتف الخ**) أقول: والأظهر أن يبين عدم إمكان الوصول إلى القطع لو زكى، فإن المزكي يخبر عن عدالته متمسكاً بظاهر حاله، لأن أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية إذ لا ينسد احتمال فساد الإعتاق مثلاً فتأمل قوله: (**فالجواب ما أشرنا إليه بقوله**) أقول: الظاهر أن يقال ما أشار إليه بقوله قوله: (**ويدور أو يتسلسل**) أقول: مع أن المطلوب حاصل قوله: (**وبظاهر العدالة اندفع الخ**) أقول: فيه بحث قوله: (**استثناء من قوله ولا يسأل**) أقول: بل من قوله يقتصر الحاكم قوله: (**ولأن الشبهة فيها دارئة**) أقول: فيه بحث، فإن وجه السؤال إذا كانت الشبهة دارئة فيها ليس إلا لأنه يحتال لإسقاطها فاندرج هذا التعليل في التعليل الأول فما وجه عده تعليلاً مستقلاً، فلو أسقط الواو من البين وجعل هذا الكلام من تتمة التعليل الأول لكان أولى.

لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلباً للترجيح **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق)** لأن القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة، وفيه صون قضائه عن البطلان. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان.

أبو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم لأن كل مسلم ظاهر حاله من التزام الإسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على أنه عدل. وقال ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف»[1] رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه. قال في كتابه الذي كتبه لأبي موسى الأشعري وقدمنا بعضه وفيه: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في قذف، أو مجرّباً في شهادة زور، أو ظنيناً في ولاء أو قرابة»[2] رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن أبي حميد وهو ضعيف. ومن طريق آخر حسنة، وأخرجه البيهقي من طريق آخر غير الطريقين جيدة، وإذا كان الثابت ظاهراً هي العدالة اكتفى بها، إذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء. نعم تزداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة إلا بدليل ولم يوجد، ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل. وأوّل من سأل ابن شبرمة، بخلاف الحدود والقصاص لأنه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسأل على ما عرف احتيالاً للدرء، إذ ربما يعجز عن التزكية فيندرىء الحد وهو مطلوب. وأورد أن الظاهر إنما يكفي للدفع والشهادة توجب الاستحقاق. وأجيب بأن الظاهر في الشهادة كالقطع لما لم يمكن الوصول إلى القطع ولا بالتزكية. والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق، والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب. وأما إذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل. وقال أبو يوسف ومحمد: لا بد أن يسأل عنهم طعن الخصم أو لم يطعن في سائر الحقوق في السرّ والعلانية، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك من كان مشهوراً بالعدالة لا يسأل عنه، ومن عرف جرحه ردّت شهادته، وإنما يسأل إذا شك. وإنما قلنا لا بد من السؤال مطلقاً لأن القضاء ينبني على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد أن يثبت عنده العدالة وذلك بذلك، ولا يخفى قوة دليل أبي حنيفة على ذلك. وكونه لا بد أن يثبت العدالة لم يخالف فيه أبو حنيفة، ولكن يقول: طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصاً مع ما روينا عن النبي ﷺ[3] والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى

هذا) الاختلاف **(اختلاف عصر وزمان)** لأن أبا حنيفة أجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولاً. وهما أجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد، ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما. ولهذا قال: **(والفتوى على قولهما في هذا الزمان)** قال: **(ثم التزكية في السرّ الخ)** اعلم أن التزكية على نوعين تزكية في السرّ وتزكية في العلانية. فالأولى: **(أن يبعث القاضي المستورة)** وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرّاً بيد أمينه إلى المزكي سميت بها لأنها تستر عن نظر العوام **(إلى المعدل)** مكتوباً **(فيها النسب والحلي)** بضم الحاء وكسرها جمع حلية الإنسان صفته وما يرى منه من لون وغيره **(والمصلى)** أي مسجد المحلة

قال المصنف: **(لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية)** أقول: لعل الواو بمعنى أو لمنع الخلو حتى ترتفع المخالفة التي تضمنها الكلام فتأمل.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٨١ من طريق حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. وفي إسناده حجاج بن أرطاة اختلط بآخرة، وهو مدلس، وقد عنعنه. فالحديث واهٍ، ولم يتابعه على رفعه أحد والله أعلم.

(٢) موقوف حسن. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٠٦ـ ٢٠٧ من حديث أبي المُلَيْح الهذلي قال: كتب عمر.. فذكره مطولاً.

قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٢: فيه عبد الله بن أبي حميد ضعيف. وأخرجه الدارقطني ٤/ ٢٠٧ والبيهقي ١٠/ ١٣٥ من طريق سعيد بن أبي بردة، وفيه: هذا كتاب عمر...).

وأخرجه البيهقي ١٠/ ١٣٥ من طريق يزيد بن رومان قال: كتب عمر.. فذكره باختصار. وأخرجه البيهقي ١٠/ ١٣٥ من وجه آخر عن يزيد بن أيهم قال: كتب عمر. فهذا الأثر بمجموع طرقه وإن كان في بعضها مقال إلا أنها تتقوى، فيصير حسناً.

(٣) مراده الحديث المتقدم، وأثر عمر.

قال: **(ثم التزكية في السرّ أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردّها المعدّل)** كل ذلك في السرّ كيلا يظهر فيخدع أو يقصد **(وفي العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد)** لتنتفي شبهة تعديل غيره، وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول، ووقع الاكتفاء بالسرّ في زماننا تحرّزاً عن الفتنة.

على قولهما لاختلاف حال الزمان، ولذلك قالوا: هذا الخلاف خلاف زمان لا حجة وبرهان، وذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما. وما قيل بأنه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصلاح منه ﷺ حيث قال: «خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم»[1] وهما أفتيا في القرن الرابع ففيه نظر. فإن أبا حنيفة رحمه الله توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث. وقوله خير القرون الخ إثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق، والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الإسلام. وتحقيقه أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بأن أكثر من التزم الإسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الإسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض.

[فرع] لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة أشهر. وقال بعضهم سنة، ولو كان عدلاً فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة قوله: **(ثم التزكية في السرّ أن يبعث المستورة)** وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى: أي مسجد محلتهم، وينبغي أن لا يختار إلا معدّلاً صالحاً زاهداً كي لا يخدع بالمال مأموناً أعظم من يعرفه في هذه الأوصاف فيكتب إليه ثم هو يسأل عنهم أهل محلتهم وسوقهم ومن يعرفهم، ويكون المزكي صاحب خبرة بالناس مداخلاً لهم لا منزوياً عنهم، فإن هذا الأمر لا يعرف إلا بالمخالطة والمداخلة، فإن لم يجد إلا أهل مجلسه يسألهم عنه، فإن وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الأخبار. وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة: يجوز في تزكية السرّ المرأة والعبد والمحدود إذا كانوا عدولاً، ولا يجوز في تزكية العلانية إلا من

حتى يعرفه المعدل، وينبغي أن يبعث إلى من كان عدلاً يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره، ولا يكون طماعاً ولا فقيراً يتوهم خداعه بالمال، وفقيهاً يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه وأهل سوقه، فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه عدل جائز الشهادة، ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئاً احترازاً عن الهتك، أو يقول: الله يعلم إلا إذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك، ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل إلى الحاكم وينبغي أن يكون كل ذلك سراً كي لا يظهر فيخدع أو يقصد الخداع. والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير إلى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره، فإن الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة؛ وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد

قال المصنف: **(ثم التزكية في السر أن يبعث الخ)** أقول: فيه تسامح، فإنه ليس تزكية بل التزكية فعل المزكي لكنا لمراد معلوم قوله: **(كي لا يظهر فيخدع)** أقول: بالرشوة قوله: **(أو يقصد الخداع)** أقول: الصواب أو يقصد بالأذى على تقدير الجرح.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٥٨ و ٦٤٢٩ ومسلم ٢٥٣٣ من وجوه والترمذي ٣٨٥٩ والطحاوي في المشكل ٣/ ١٧٦ وابن حبان ٤٣٢٨ والطيالسي ٢٩٩ وأحمد ١/ ٣٧٨ ـ ٤١٧ ـ ٤٣٨ ـ ٤٤٢ والبيهقي ١٠/ ١٢٢ ـ ١٢٣ كلهم من حديث ابن مسعود: «سئل رسول الله ﷺ أي الناس خير؟ قال: قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يجيء قوم تسبق شهادة أحدهم يمينه، ويمينُهُ شهادتَهُ.

هذا لفظ البخاري في روايته الأولى، وأما الثانية، فصدره: «خير الناس قرني. . .» الحديث.

وورد من حديث عمران. أخرجه الترمذي ٢٢٢١ وابن حبان ٧٢٢٩ والطحاوي في المشكل ٣/ ١٧٦ والحاكم ٣/ ٤٧١ وابن أبي شيبة ١٢/ ١٧٦ والطبراني ١٨ (٥٨٥) كلهم من حديث عمران بن حصين.

وأخرجه أحمد ٤/ ٢٦٧ـ ٢٧٦ـ ٢٧٧ وابن حبان ٦٧٢٧ والبزار ٢٧٦٧ وابن أبي عاصم في السنة ١٤٧٧ والطحاوي في المشكل ٣/ ١٧٧ وأبو نعيم في الحلية ٢/ ٧٨ و ٤/ ١٢٥ كلهم من حديث النُّعمان بن بشير.

وقال الهيثمي في المجمع ١٠/ ١٧: وفيه عاصم بن بهدلة وهو حسن الحديث، وبقية رجاله رجال الصحيح ا هـ وله طرق أخرى، وشواهد، فهذا حديث مشهور، وليس فيه لفظ: القرون. والصواب: خير الناس.

ويروى عن محمد رحمه الله: تزكية العلانية بلاء وفتنة. ثم قيل: لا بد أن يقول المعدّل هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدّل، وقيل يكتفي بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح.

قال: **(وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم إنه عدل)** معناه قول المدعى عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته، لكن عند محمد يضم تزكية الآخر إلى تزكيته لأن العدد عنده شرط. ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدّلاً،

تجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها إلا لفظة الشهادة فقط، لأن تزكية السرّ من الإخبار بالأمور الدينية، وكل من هؤلاء يقبل خبره في الأمر الديني إذا كان عدلاً كما تقبل روايته للأخبار، فإذا قال المسؤول عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة، وإلا يكتب هو غير عدل. وفي فتاوى قاضيخان: إن عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازاً عن الهتك، أو يقول الله أعلم، إلا إذا خاف أن يقضي القاضي بشهادته فيصرح حينئذ بذلك. ومن لا يعرفه لا بعدالة ولا بفسق يكتب مستور ثم يردّ المستورة مع أمين القاضي إليه كل ذلك في السرّ كي لا يظهر الأمر فيخدع المزكي أو يقصد بالأذى. وأما العلانية فلا بد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفي شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤول عنه القاضي إذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين. وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول لأنهم كان يغلب عليهم الصبر للحق، ووقع الاكتفاء بالسرّ في زماننا لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة. وقد روي عن محمد أنه قال: تزكية العلانية بلاء وفتنة، ثم قيل: لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يكون عدلاً وهو غير جائز الشهادة. وقيل يكتفي بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة، وهذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية نظراً إلى الدار فيكتفي به ما لم يطعن الخصم بالرق. ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تفريعاً على قول محمد من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم: يعني المدعى عليه إذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لأن في زعم المدعي

الصحابة رضي الله عنهم لأن القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالأذى **(ووقع الاكتفاء بالسرّ في زماننا)** لأن العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالأذى **(يروى عن محمد أنه قال: تزكية العلانية بلاء وفتنة. ثم قيل: لا بد للمعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدل، وقيل يكتفي بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار)** قال المصنف: **(وهذا أصح)** لأن في زماننا كل من نشأ في دارا الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن إسلامه وحريته وإنما يسأل عن عدالته. **قال أبو حنيفة رحمه الله** على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال إذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا، ويقبل إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة لأنه اعترف بالحق **(وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر إلى تزكيته لأن العدد شرط عنده)** هذا إذا كان عدلاً يصلح مزكياً، فإن كان فاسقاً أو مستوراً وسكت عن جواب المدعي ولم يجحده فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لأن العدالة شرط في المزكي عند الكل **(ووجه ظاهر الرواية أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلاً)** لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق. ولقائل أن

قال المصنف: **(وهذا أصح)** أقول: الأظهر أن يعمل بالقيل الأول في ديارنا قوله: **(على قول من يقول بالسؤال إذا سأل)** أقول: يعني إذا سأل القاضي قال المصنف: **(ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره)** أقول: قال العلامة علاء الدين الأسود في شرح الجامع الصغير: وهذا كله إذا جحد الخصم، فأما إذا كان ساكتاً وهو ممن يجوز أن يرجع إليه في تعديل الشهود فتعديله صحيح، وكان كافياً عند أبي يوسف، وعند محمد يضم إلى ذلك آخر حتى يتم التعديل انتهى. ويفهم ذلك من إشارة الهداية أيضاً قال المصنف: **(وموضوع المسألة إذا قال إنهم عدول الخ)** أقول: المقصود من التعديل هو حصول علم القاضي بعدالة الشاهد، فإذا كان المدعى عليه عدلاً يعرفه القاضي بالعدالة ينبغي أن يقبل تعديله، إلا أن يقال: شهادة الشهود تتضمن جرحه.

وموضوع المسألة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا، أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق. **(وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحداً جاز والاثنان أفضل)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز إلا اثنان، والمراد منه المزكي، وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشاهد له أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تبنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية

وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلاً لأن العدالة شرط في المزكي بالإجماع، وعن أبي يوسف ومحمد، يجوز قوله ذلك تعديد، لكن عند محمد يضم تزكية آخر إلى تزكيته أي تزكية الخصم لأن العدد عند محمد في المزكي شرط، وموضوع المسألة أن يقول هم عدول إلا أنهم أخطؤوا أو نسوا. أما لو قال صدقوا أو هم عدول صدقة أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع. وعن محمد فيما إذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل، فإن قال بحق فهو إقرار، وإن قال بغير حق لا يقضى بشيء.

[فرع] إذا شهد فعدّل ثم شهد لا يستعدل إلا إذا طال، فوقت محمد شهراً وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر قوله: **(وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحداً جاز والاثنان أفضل، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز إلا اثنان، والمراد)** من رسول القاضي **(المزكي)** وهو المسؤول منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول. والحاصل أنه يكفي في التزكية الواحد، وكذا الرسالة إليه والرسالة منه إلى القاضي، وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه قال مالك وأحمد في رواية. وعند محمد لا بد من اثنين، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية لمحمد أن التزكية في معنى الشهادة، لأن ولاية القاضي تنبني على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة، ولذا اشترطت الذكورة في المزكي في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها. ولهما أنه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك كل ما توقف عليه في كل حكم، بل ما كان في معنى الشهادة التي بها

يقول: تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولاً لأن العدالة ليست بشرط في المقرّ بالاتفاق. والجواب أن المصنف قال: **(وموضوع المسألة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا)** ومثله ليس بإقرار بالحق، وفيه نظر لأن هذا الكلام مشتمل على الإقرار وغيره فيصدق في الإقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة. والجواب أنه لا إقرار فيه بالنسبة إلى ما عليه لأنه نسبهم في ذلك إلى الخطأ والنسيان فأنى يكون إقراراً. قال: **(وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود)** بلفظ المبنى للمفعول **(واحداً جاز والاثنان أفضل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: لا يجوز إلا اثنان)** ذكر في شرح الجامع الصغير أن المراد بالرسول هاهنا هو المزكي، ولا شك في ذلك إذا كان الفعل مبنياً للمفعول **(وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي)** ورسول المزكي إلى القاضي **(والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية)** فولاية القضاء تبتنى على ظهور التزكية، وإذا كانت في معناها **(يشترط فيها شرائطها من العدد والعدالة بالتزكية)** فولاية القضاء تبتنى على ظهور التزكية، وإذا كانت في معناها **(يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط الذكورة فيه في الحدود)** والأربعة في تزكية شهود الزنا **(ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء)** فلا يشترط فيه ما اشترط فيها، سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة أمر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس، لأن القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لأن انقطاعه إنما يكون بالتواتر ورجحان الصدق إنما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الإخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها إلى التزكية. فإن قيل: فتلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها. فالجواب أنه إنما ألحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الإلحاق والتعدية جميعاً قال: **(ولا يشترط أهلية الشهادة الخ)** تزكية السرّ لا يشترط في المزكي فيها أهلية الشهادة فصلح العبد مزكياً لمولاه وغيره والوالد

فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه، وتشترط الذكورة في المزكي والحدود والقصاص. ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء، واشتراط العدد أمر حكمي في الشهادة فلا يتعداها، **(ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر)** حتى صلح العبد مزكياً، فأما في تزكية العلانية فهو شرط، وكذا العدد بالإجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء. قالوا: يشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله.

ثبوت الحق يكون مثلها وما لا فلا يلزم. والتزكية لا يستند إليها ثبوت الحق بل إلى الشهادة، فكانت التزكية شرطاً لا علة، ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالإجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التزكية، على أن التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره. واشتراط العدد في الشهادة أمر تحكمي في الشهادة يعني تعبدي. وفي المبسوط: هو بخلاف القياس. وهذا زيادة على كونه تعبدياً إذ في القياس يكفي الواحد العدل لأن خبره موجب للعمل لا علم اليقين، وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها: أي لا يتعدى الشهادة إلى التزكية، وهذا الخلاف في تزكية السر، فأما تزكية العلانية فيشترط العدد بالإجماع على ما ذكره الخصاف، مع أن الوجه المذكور يجري فيه، وقدمنا أنه زيادة شبه لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقاً، ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد. قال المشايخ: فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا، والله أعلم.

لولده وعكسه **(فأما تزكية العلانية فهي شرط، وكذلك العدد بالإجماع على ما قاله الخصاف)** وفيه بحث لأن اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السرّ لأن المزكي في السرّ هو المزكي في العلانية. والجواب أن الخصاف شرط أن يكون المزكي في السرّ غير المزكي في العلانية فيجوز أن يكون العدد شرطاً في أحدهما دون الآخر، وإليه أشار بقوله على ما قاله الخصاف. قال في الخلاصة: شرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير المزكى في السرّ، أما عندنا فالذي يزكيهم في السرّ يزكيهم في العلانية.

قال المصنف: **(وكذا العدد بالإجماع)** أقول: إذا كان المستند هو الإجماع لا يرد شيء مما يختلج بالأوهام.

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين: أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم، فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهد به وإن لم يشهد عليه **(لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو**

فصل يتعلق بكيفية الأداء ومسوّغه

قوله: **(وما يتحمله الشاهد على قسمين: أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه)** أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولاً كان مثل البيع والطلاق والإقرار وحكم الحاكم. أو فعلاً كالغصب والقتل، فإذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضياً يشهد جماعة مًا على حكمه أو رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى، فلو كان البيع بيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الأخذ والإعطاء. وقيل يشهدون على البيع كالقولي، ولا يقول أشهدني لأنه كذب، وإنما جاز الأداء بلا إشهاد لأنه علم الموجب بنفسه، وهو أي علم الموجب الركن المسوّغ لأداء الشهادة لأنه لا حقيقة لمسوّغ الأداء سواه. وقوله في إطلاق يعني مطلق الأداء. واستدل على تسويغ الشرع للأداء في ذلك بقوله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [الزخرف: ٨٦] فأفاد أن من شهد عالماً بحق كان ممدوحاً فلزم أن ذلك مطلق شرعاً وإلا لم يكن ممدوحاً. وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد» فأمر بالشهادة عند العلم يقيناً، فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد عليّ بما سمعته مني ثم قال بحضرته لرجل بقي لك عليّ كذا وغير ذلك حلّ له، بل يجب أن يشهد عليه بذلك. وفي الخلاصة: اشترى عبداً وادعى على البائع عيباً به فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فأنكر، فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب في الحال. والحديث رواه الحاكم في المستدرك والبيهقي في المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: «أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن الشهادة فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد أو دع»[1] صححه الحاكم. وتعقبه الذهبي بأن محمد بن سليمان بن مشمول

فصل

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد. وهو على نوعين: أحدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج إلى الإشهاد مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم، فإذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والإقرار وحكم الحاكم أو رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له أن يشهد به وإن لم يشهد عليه لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه. وكل من علم ذلك جاز له الأداء بوجود ما هو الركن في جواز الأداء، قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ وقال ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع» قيل جعل العلم بالموجب ركناً في الأداء مخالف للنصين جميعاً فإنهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته، إذ الأحوال شروط وإذا موضوعة للشرط. وأجيب بأنه مجاز عن الشرط، وإنما عبر عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الأداء إليه. قال: **(ويقول أشهد أنه باع الخ)** إذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج إلى الشهادة يقول الشاهد أشهد أنه باع **(ولا يقول أشهدني لأنه كذب ولو سمع الإقرار من وراء حجاب)** يحجب عن رؤية شخص المقرّ **(لا يجوز أن يشهد ولو فسر للقاضي)** بأن قال أشهد بالسماع من وراء

فصل فيما يتحمله الشاهد

قوله: **(في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد)** أقول: أراد بالجمع معنى المثنى كما لا يخفى قال المصنف: **(أحدهما ما ثبت بنفسه)** أقول: أي يثبت حكمه كما في القسم المقابل، ولعل المراد بالحكم هو جواز الشهادة على ما يفهم من تقرير الكلام. قال صاحب النهاية في شرح قوله ما يثبت بنفسه: أي ما لا يحتاج إلى الإشهاد، بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا إشهاد، بخلاف الشهادة على الشهادة انتهى. قال الفاضل الشهير بحضرشاه: كذا في النهاية وليس كما ينبغي، بل معنى إثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له. وحكمه

---

(١) تقدم قبل ثلاثة أحاديث، وإسناده ضعيف.

الركن في إطلاق الأداء، قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ وقال النبي ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع» قال: (ويقول أشهد أنه باع ولا يقول أشهدني) لأنه كذب، ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد، ولو فسر للقاضي لا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم إلا إذا كان دخل البيت وعلم

ضعفه غير واحد انتهى. والمعلوم أن النسائي ضعفه، ووافقه ابن عدي، وفي العبارة المذكورة ما يفيد أنه مختلف فيه. ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشف من ورائه لا يجوز له أن يشهد، ولو شهد وفسره للقاضي بأن قال سمعته باع ولم أر شخصه حين تكلم لا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة إلا إذا أحاط بعلم ذلك لأن المسوّغ هو العلم غير أن رؤيته متكلماً بالعقد طريق العلم به فإذا فرض تحقق طريق آخر جاز، وذلك بأن يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم أنه ليس به أحد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس عليه وسمع الإقرار أو البيع فإنه حينئذ يجوز له الشهادة عليه بما سمع لأنه حصل به العلم في هذه الصورة. ونحوه ما في الأقضية: ادّعى على ورثة مالاً فقالا نشهد أن فلاناً المتوفى قبض من المدعي صرّة فيها دراهم ولم يعلما كم وزنها إن فهما قدرها وأنها دراهم وأن كلها جياد بما يقع عليه يقينهما بذلك فإذا شهدا به جاز. وفي الفتاوى: إذا أقرّت المرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع أن يشهد على إقرارها إلا إذا رأى شخصها فحينئذ يجوز. أجمل في هذه المسألة ووضعها في الخلاصة وغيرها هكذا

الحجاب **(لا يقبله، لأن النغمة)** وهو الكلام الخفي **(تشبه النغمة)** والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للأداء. وقوله: **(إلا إذا)** كان استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بأنها فلانة بنت فلان جاز له أن يشهد حينئذ، وكذا إذا رأى شخص المقرّ حال الإقرار لرقة الحجاب، وليست رؤية الوجه شرطاً ذكره في الذخيرة لأنه حصل العلم في هذه الصورة. قال: **(ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه الخ)** النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه **(مثل الشهادة على الشهادة فإنها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته لأن الشهادة)** أي شهادة الأصول **(موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء)** ولا يكون النقل إلا بالإنابة والتحميل. والأول إشارة إلى مذهب محمد رحمه الله فإنه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل إلا بأمر الموكل، والثاني إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فإنهما لم

يترتب عليه بنفسه من غير أن يحتاج إلى غيره من قضاء قاض كالبيع فإنه يثبت حكمه: أعني الملك بنفسه، وكذا الإقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه، وكذا الغصب يثبت وجوب رد العين أو القيمة بنفسه. وعلى هذا الخلاف الشهادة إذا تحملها الشاهد فإنها لا تثبت الحكم بنفسها بل إذا نقله إلى مجلس القضاء وحكم القاضي بها ولعمري إن هذا من الظهور بحيث لا ينبغي أن يخفى على من له أدنى مسكة فضلاً عن هؤلاء الأعلام انتهى. وقيل معناه أن حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وفي الثمن للبائع ثبت بنفس العقد، وكذا في نظائره، أما الشهادة فمما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي، هذا والظاهر ما في النهاية لما أن الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به، ولأن تقرير الكلام يشهد له كما لا يخفى قال المصنف: **(مثل البيع)** أقول: الظاهر أن المضاف محذوف أي مثل شهادة الخ على ما هو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة أو ذلك مؤول: أي مثل ما يتحمل فيها قوله: **(كالبيع الخ)** أقول: إذا كان بالعقد قوله: **(كالغصب)** أقول: وكالبيع إذا كان بالتعاطي قوله: **(بما يوجبه)** أقول: متعلق بعلم قال المصنف: **(قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾)** أقول: وأنت خبير بأن العلم هنا، وفي الحديث غير مقيد بالتعلق لما هو موجب بنفسه فلا بد للتقييد من دليل فتأمل قوله: **(قيل جعل العلم بالموجب ركناً في الأداء)** أقول: بل هو ركن في إطلاق الأداء: أي في تجويز الأداء قوله: **(وإذا موضوعة للشرط)** أقول: إن أراد أنها موضوعة للشرط المصطلح عليه في عرف الفقهاء فمسلم، والسند ظاهر، وإن أراد أنها موضوعة للشرط النحوي فمسلم ولا يفيد لأنه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة﴾ فإن القيام إليها سبب للطهارة لا شرط كما صرح به في الأصول قوله: **(وشهد عنده اثنان)** أقول: الظاهر أن يقال أو شهد، فإن في الصورة الأول تمس الحاجة إلى الشهادة إذا علم أن الكائن في داخل البيت من هو قال المصنف: **(فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز أن يشهد الخ)** أقول: علله العلامة النسفي في الكافي بقوله لأنه تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه، وإزالة الولاية الثانية للغير ضرر عليه فلا بد من الإنابة والتحميل منه انتهى. ولأمر ما ترك دليل صاحب الهداية إلى هذا فليتأمل في أنه هل يمكن إرجاع ما في الهداية إلى ما ذكره صاحب الكافي بأن يجعل دليلاً على صحة تفريع قوله فلا بد من الإنابة والتحميل على ما فرع عليه كما يفهم من الشروح.

أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه له أن يشهد لأنه حصل العلم في هذه الصورة **(ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهد عليها)** لأن الشهادة غير موجبة بنفسها، وإنما تصير موجبة

الشهادة على امرأة لا يعرفها سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان عنها قال: لا يجوز حتى يشهد جماعة أنها فلانة أما عند أبي يوسف وأبيك فيجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة. وهل يشترط رؤية وجهها؟ اختلف المشايخ فيه، منهم من لم يشترط وإليه مال الإمام خواهر زاده. وفي النوازل قال: يشترط رؤية شخصها. وفي الجامع الأصغر: يشترط رؤية وجهها، وأنت تعلم أنه لا بد من معرفة تفيد التمييز عند الأداء عليها، فإذا ثبت أن التعريف يفيد التمييز لزم أن لا حاجة إلى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الإسلام جواهر زاده، إلا إذا لم يوجد من يعرفها، وإذا وجد حينئذ يجري الخلاف المذكور أنه يكفي في المعرفة عدلان أو لا بد من جماعة، ويوافقه ما في المنتقى: تحمل الشاهد الشهادة على امرأة فماتت فشهدا عنده أن المقرة فلانة جاز له أن يشهد عليها، نقله في الخلاصة. وفي المحيط: شهدا على امرأة سمياها ونسباها وكانت حاضرة، فقال القاضي أتعرفانها، فإن قالا لا لا تقبل شهادتهما، ولو قالا تحملناها على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندري أنها هذه أم لا صحت الشهادة وكلف المدعي أن يأتي بآخرين يشهدان أنها فلانة بنت فلان، بخلاف الأول لأنهما هناك أقرا بالجهالة فبطلت الشهادة، فهذا ونحوه يفيد ما قلناه. ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل، ولهذا لو سمعه يشهد شاهداً على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لأنه ما حمله وإنما حمل غيره، وهذا الإطلاق يقتضي أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة.

[فروع] كتب إلى آخر رسالة: من فلان إلى فلان. كتبت تتقاضى الألف التي لك عليّ وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي عليّ خمسمائة، أو كتب إلى زوجته: قد بلغني كتابك تسأليني الطلاق فأنت طالق طلقت ساعة كتب، وينبغي لمن علم ذلك أن يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق. بخلاف ما لو كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا عليّ بما فيه ولم يقرأه عليهم، قال علماؤنا: لا يجوز لهم أن يشهدوا عليه، وقيل لهم ذلك.

يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل. قال الإمام فخر الإسلام: أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فإن الحكم يضاف إلى الفروع، لكن تحملهم إنما يصح بعيان ما هو حجة، والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل إلى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين أن التحميل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل، وفيه مطالبة لأنا سلمنا أن النقل لا بد منه، ولكن توقفه على التحميل يحتاج إلى بيان، فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل، لأنا لا نعني بها إلا ذلك، ولا تحميل فيما لا يشهد ثم البيان، وعلى هذا إذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له أن يشهد لأنه ما حمله وإنما حمل غيره. قال: **(ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه الخ)** الشاهد إذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له أن يشهد لأن الخط يشبه الخط، والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم قيل: **(هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله)** بناء على أنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ، ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع إلى وقت الأداء **(وعندهما يحل له ذلك)** رخصة **(وقيل هذا)** أي عدم حل الشهادة **(بالاتفاق)** وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي

قال المصنف: **(وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء)** أقول: قال الزيلعي وصاحب النهاية: ولهذا تعتبر عدالة الأصول انتهى. وقال ابن الهمام: وهذا الإطلاق يقتضي أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة انتهى. وفيه تأمل سيجيء في العناية في باب الشهادة على الشهادة نقلاً عن الفوائد الظهيرية، وقد قصد تزييف هذا الدليل أن الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وإن كان الأصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه انتهى. وفي لطائف الإشارات: ولا يشهد على شهادة غيره بلا إشهاد لأنه نقل فلا بد من التحميل عندهم صح لو سمعه يشهد بمجل الحكم قوله: **(لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق**

بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل ولم يوجد **(وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد)** لأنه ما حمله وإنما حمل غيره، ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة لأن

والصحيح الأول وإنما يحل لهم أن يشهدوا بما فيه إذا قرأه عليهم أو رأوه يكتب وهم يقرؤونه أو كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم هو اشهدوا عليّ بما فيه، ولو قرأه عليه فقال الشاهدان نشهد عليك بما فيه فحرك رأسه بنعم بلا نطق فهو باطل إلا في الأخرس، ومثله ما إذا دفع إليهم وصية مختومة. وقال هذه وصيتي وختمي فاشهدوا عليّ بما فيه لا يجوز أن يشهدوا بما فيه. وعن أبي يوسف: إذا كتب بحضرة الشهود وأودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد ما فيه وأمره أن يشهد بما فيه وسعه أن يشهد، لأنه إذا كان في يده كان معصوماً من التبديل. واعلم أنه إنما يجوز لهم أن يشهدوا في المسألة السابقة إذا كان الكتاب على الرسم المعروف بأن كان على ورقة وعنون كما هو العادة في الكتابة إلى الغائب. وإذا شهد على ذلك التقدير فقال لهم لم أرد الإقرار والطلاق لا يدينه القاضي ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. أما لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل لهم أن يشهدوا بالدين لجواز كونه للتجربة، بخلاف الكتابة المرسومة، وبخلاف خط السمسار والصراف لأنه حجة للعرف الجاري به على ما يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الإقرار قوله: **(ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا إذا تذكر شهادته)** التي صدرت منه فإن لم يتذكر وجزم أنه خطه لا يشهد، لأن هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم، هكذا ذكره القدوري، ولم يذكر خلافاً هو ولا في شرحه للأقطع، وكذا الخصاف ذكرها في أدب القاضي ولم يحك خلافاً. ولما حكى الخلاف الفقيه أبو الليث وغيره كشمس الأئمة قال المصنف: قيل هذا على قول أبي حنيفة، وعندهما يحل له أن يشهد. وقيل هذا بالاتفاق: يعني عدم جواز الشهادة إذا رأى ولم يتذكر، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادة في ديوانه: يعني رأى في ديوانه شهادة شهود أديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز له أن يحكم عنده، وبه قال الشافعي. ورواية عن أحمد وعند أبي يوسف ومحمد إذا وجده في قمطره تحت خاتمه يجوز أن يقضي به، وبه قال مالك وأحمد في رواية. وكذا إذا رأى قضيته: أي رأى

شهادة شهود شهدوا عنده واشتبه في قمطره أي خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم **(أو قضيته)** أي وجد حكمه مكتوباً في خريطته كذلك فإن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوّزاه لأن القاضي لكثرة أشغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذ جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فإذا كان في قمطره تحت ختمه فالظاهر أنه لم تصل إليه يد مغيرة والقاضي مأمور باتباع الظاهر **(ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره وعلى هذا)** الاختلاف إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت، فإنه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق، وقيل لا يحل عند أبي حنيفة خلافاً لهما. قال: **(ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه الخ)** قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به وهو استحسان **(والقياس**

التحميل) أقول: ولهذا لو نهى عن الشهادة بعد إشهاده لا يصح نهيه ويجوز له أن يشهد قوله: **(لكن تحملهم إنما يصح بعيان ما هو حجة)** أقول: إذ لا فائدة في تحمل ما لا يصير حجة، ثم المراد من قوله ما هو حجة كونه حجة في المال قوله: **(والشهادة إلى قوله بما هو حجة)** أقول: إذ لا علم لهم قبل النقل بكونها حجة، فلعل القاضي لا يقبلها لأمر لا يحيط به علم الشاهد قوله: **(ولكن توقفه على التحميل محتاج إلى بيان)** أقول: ويمكن أن يبين بأنه لم يكن بل تبين تقبل شهادة الأصول، وظاهر أن نقلها تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وإزالة الولاية ضرر عليه ولا ضرر في الإشهاد فلا بد من التحميل صفة الأصل، إلا أن يقال: إنهما كالتعليم والتعلم والإيجاب والوجوب، وفيه نظر. نعم الإشهاد على الشهادة تحميل كسائر الإشهادات، لكن الكلام في احتياج الشهادة إلى الإشهاد قوله: **(لأنا لا نعني بها إلا ذلك)** أقول: يعني على مذهبهما، ثم نقول: فيه بحث، فإن احتياج الشهادة على الشهادة إلى التحميل محتاج إلى البيان، بل يجوز أن يقال هو أول المسألة.

الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم. قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يحل له أن يشهد. وقيل هذا بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته، لأن ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره، وعلى هذا إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت.

حكمه مكتوباً في خريطته وهي القمطرة[1] ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف، فظهر أن المصنف حكى الخلاف فيهما واحداً بينه وبينهما، وشمس الأئمة في أدب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في وجدان صحيفة الحكم، وأما في شهادة الشاهد يجدها في صك وعلم أنه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوباً بخطه ولم يتذكر ووجد سماعه مكتوباً بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك، وقد صارت الفصول ثلاثة: وجدان القاضي الشهادة عنده أو حكمه، ووجدان الشاهد خطه، والراوي في الحديث. قال محمد: أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيراً وقال: يعتمد الخط إذا كان معروفاً، وأبو يوسف في مسألة القضاء والرواية أخذ بالرخصة لأن المكتوب كان في يده أو يد أمينه. وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة لأنه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير فلا يعتمد خطه. وحاصل وجه غير أبي حنيفة في صور خلافهم أن وضع الخط ليرجع إليه عند النسيان وإلا فلا فائدة، وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك، بل صح أن تكون فائدته أن يتذكر برؤيته عند النسيان إلا أني أرى أنه إذا كان محفوظاً مأموناً عليه من التغيير كأن يكون تحت ختمه في خريطته المحفوظة عنده أن يترجح العمل بها، بخلاف ما إذا كان عند غيره لأن الخط يشبه الخط، ورأينا كثيراً تتحاكى خطوطهم حتى أني رأيت ببلدة الإسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني كان رحمه الله فقيهاً مالكياً شاعراً أديباً فصيحاً، وخط آخر بها شاهد يعرف بالخطيب لا يفرق الإنسان بين خطيهما أصلاً. ودمامين بالنون بلدة بالصعيد. ولقد أخبرني من أثق بصلاحه وخبره أنه شاهد رجلاً كان معيداً في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته في صك فأخذ من صاحبه عدواناً فكتب رجل مثله له ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك أنه خطه. وهذا قول أبي يوسف، ويقتضي أنه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز أن يشهد إذا عرف أنه خطه ولم يذكر الحادثة. وبهذا أجاب محمد بن مقاتل حين كتب إليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه أن يشهد؟ قال: إذا كان الخط في حرزه يسعه أن يشهد.

وقال في المجرد: قال أبو حنيفة: لو شهدوا على صك فقالوا نعرف أن هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي أن ينفذ شيئاً من ذلك، فإن أنفذه قاض غيره ثم اختصموا إليه فيه أنفذه، لأن هذا مما يختلف فيه القضاة، وهذا يفيد أنه لو ذكر القاضي أني أشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لم تقبل، فإنه لم يحك خلافاً. ولو نسي قضاءه ولا سجلّ عنده فشهد شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على هذا، فإن تذكر أمضاه، وإن لم

أن لا يجوز **(لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة)** بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في أول الكتاب **(وذلك بالعلم)** أي المشاهدة وكأنه من باب القلب لأن العلم يكون بالمشاهدة، ويجوز أن يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم **(ولم يحصل فصار كالبيع)** فإنه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة **(ووجه الاستحسان أن هذه)** الأمور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام لأنها **(أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس)** لا يطلع عليها إلا هم **(وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون)** كالإرث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء

قال المصنف: **(وإنما الخلاف، إلى قوله: يؤمن عليه الخ)** أقول: قوله أو قضيته أي حكمه: يعني فيما جوزه لأن ما يكون الخ، ودليل أبي حنيفة لعدم التجوز قد مر آنفاً وهو مشابهة الخط للخط فلذلك لم يتعرض له هنا.

---

(١) القِمَطْرُ والقِمَطْرَة: ما يصان فيه الكتب، وفي ملحقات جامع الغوري: خريطة كتب ديوان القاضي، وجرائده، وهو المعنيّ عند الفقهاء ا هـ مغرب.

قال: (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به) وهذا استحسان. والقياس أن لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من

يتذكر فلا إشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك، وقيل وأبو يوسف كذلك، وعند محمد يعتمد ويقضي به، وهو قول أحمد وابن أبي ليلى. وعلى هذا لو سمع من غيره حديثاً ثم نسي الأصل روايته للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند أبي حنيفة، وأبي يوسف لا يعمل به، وعند محمد يعمل به. ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله ونسيها أبو يوسف وهي ست فكان أبو يوسف رحمه الله لا يعتمد رواية محمد لها عنه، ومحمد كان لا يدع روايتها عنه، كذا قالوا والله أعلم أن في تخريج المسائل الست إشكالاً، لأن المذكور عند ذكرهم لهذه المسائل أن أبا يوسف أنكر وقال ما رويت لك عن أبي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما إذا صلى أربعاً وترك القراءة في إحدى الأوليين وإحدى الأخريين أنه يلزمه قضاء أربع، فقال أبو يوسف: ما رويت لك إلا ركعتين، وهذه الصورة ليست من صور نسيان الأصل رواية الفرع، بل من صور تكذيب الأصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الأصول، ولا خلاف يحفظ فيه بين المحدثين والأصوليين أن رواية الفرع ترد في ذلك، بخلاف ما إذا نسي الأصل ولم يجزم بالإنكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد رحمه الله. نعم إذا صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجاً على أصول أبي حنيفة يمكن قوله: **(ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه)** أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين، ويشترط كون الإخبار بلفظ الشهادة، وفي الموت إذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق، أو بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار، بخلاف ما سواه لأنه قلما يشاهد حاله عند الموت إلا واحد، لأن الإنسان يهابه ويكرهه، فإذا رآه واحد عدل، ويعلم أن القاضي لا يقضى بذلك وهو عدل أخبره غيره، ثم يشهدان بموته، ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته أو دفنه حتى يشهد الآخر معه، وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لأحد أن يشهد بموته إلا إن شهد موته أو سمع ممن شهد ذلك، ذكره في الفتاوى، والاكتفاء بالعدلين نقل عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمه الله: لا يشهد حتى يسمع من جماعة. وقال الخصاف في الكل: حتى يسمع من العامة وتتابع الأخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل. وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب أن يسمع أنه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة. وعندهما إذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحل الشهادة. وأبو بكر الإسكاف كان يفتي بقولهما وهو اختيار النسفي. وفي النكاح لم يشترط المصنف مع رؤية دخوله إلى آخره أن يسمع من الناس أنها زوجته وكذا القضاء وذكره غيره وهو الحق. ثم قول أحمد كقولنا فيما سوى الدخول. وقول للشافعي ورواية عن مالك، والمصنف لم يحك خلافاً بل جعل قياساً واستحساناً. فالقياس عدم الجواز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، فإن الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحداً بعد اشتراكهما في

القاضي وكمال المهر والعدة وثبوت الإحصان والنسب في الدخول **(فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى ذلك)** وهو باطل، بخلاف البيع فإنه مما يسعه كل واحد. فإن قيل: هذا الاستحسان مخالف للكتاب فإن العلم مشروط في الكتاب ولا

قال المصنف: **(ولا يجوز للشاهد، إلى قوله: وولاية القاضي)** أقول: سيجيء في آخر هذه الصحيفة جواز الشهادة في الأموال بالتسامع.

قوله: **(قد تقدم الخ)** أقول: في الدرس السابق قوله: **(وقد تقدم معناه)** أقول: حيث تكلم في أول كتاب الطهارة على اشتقاق الوجه ومن المواجهة، وقال هناك من الاشتقاق الكبير هو أن يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى، ويجوز أن يكون الثلاثي مشتقاً من المنشعبة بهذا الاشتقاق قوله: **(وكأنه من باب القلب)** أقول: يجوز أن يكون الباء للملابسة فلا قلب حينئذ قوله: **(ويجوز أن يكون، إلى قوله: ولم يحصل)** أقول: السماع من أسباب علم المشاهدة وقد حصل، إلا أن يقال: الألف واللام عوض عن المضاف

المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع. وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدّى إلى الحجر وتعطيل

الحروف الأصول، والمشاهدة منتفية: يعني القطع فلا تجوز كما في البيع وغيره، كما لو سمع بالاستفاضة أنه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره. وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك، وذلك بسبب أنه لا طريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر، إذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة، وإنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان، وكذا عند الموت لا يحضره غالباً إلا الأقارب، فإذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان، وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وإنما يخبر بعضهم بعضاً أن فلاناً تزوّج فلانة، وكذا الدخول لا يعلم إلا بأمارات فإن الوطء لا يشاهد، وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها إلا الخواص، وإنما يحضرون جلوسه وتصديه للأحكام، وإذا كانت العادة أن علم هذه الأشياء غالباً لا يحصل إلا لبعض أفراد وأن الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوّغاً للشهادة وإلا ضاعت حقوق عظيمة تبقى على مرّ الأعصار كالنسب والنكاح والإرث والموت، ويترتب عليها أمور كثيرة مثل العدة والإحصان وكمال المهر في الدخول، والحاسم لمادة الشغب الإجماع على وجوب الشهادة بأن عائشة بنت أبي بكر رضي الله عنهما وأنها زوجة النبي ﷺ وأنه دخل بها، وأن علياً رضي الله عنه ابن أبي طالب وعمر رضي الله عنه ابن الخطاب، وأن شريحاً كان قاضياً، وأن أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً رضي الله عنهم ماتوا[1] وإن لم نعاين شيئاً من ذلك. وحكى في الخلاصة عن ظهير الدين في الدخول: لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع، فلو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة. ونص الخصاف على أنه يجوز بالتسامع لأنه أمر يشتهر، بخلاف الزنا فإنه فاحشة تستر قوله: **(وينبغي أن يطلق أداء الشهادة)** فيشهد أنه ابنه أو أمير أو قاض، أما إذا فسر للقاضي أنه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته، كما أنه إذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له وتقبل، ولو فسر فقال لأني رأيتها في يده في وقت من الأوقات لا تقبل. وفي الفوائد الظهيرية: شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصوّر اجتماعهم على الكذب لا تقبل. وقيل تقبل. وقال صاحب العمدة: لو قالا أخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الأصح واختاره الخصاف. وفي فصول الأستروشني: لو شهد على النكاح فسألهما القاضي هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لأنه يحل لهما الشهادة بالتسامع، وقيل لا تقبل كأنهما قالا لم نعاين. ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا هذا، ولو شهد أنهما دفناه أو قالا شهدنا جنازته تقبل. ولو شهد بالموت واحد وآخر بالحياة تأخذ امرأته بشهادة الموت لأنها تثبت العارض، ذكره رشيد الدين في فتاواه. وفي

علم فيما نحن فيه. أجاب بقوله: **(وإنما يجوز للشاهد)** يعني لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه فإنه إنما يجوز للشاهد **(أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب)** وبين أن العدد فيمن يثق به شرط وهو **(أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم)** وهذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأما على قول أبي حنيفة فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر، وإذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لأنها توجب زيادة علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر **(وقيل يكتفي في الموت بإخبار واحد أو واحدة)** فرقوا جميعاً بين الموت والأشياء الثلاثة: أي النكاح والولادة وتقليد الإمام القضاء، ون الغالب فيها أن تكون بين الجماعة، أما النكاح فإنه لا ينعقد إلا بشهادة اثنين، والولادة فإنها تكون بين الجماعة في الغالب، وكذلك

إليه: أي من أسباب علم المشاهدة فليتأمل قال المصنف: **(وجه الاستحسان، إلى قوله: خواص من الناس)** أقول: الظاهر أن اعتبار الأسباب لا يستقيم في غير النسب والقضاء إلا أن يحمل على التغليب وفيه شيء قال المصنف: **(ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون)** أقول: على بمعنى بعد كما يفهم من تقرير النهاية، إلا أنه لم يثبت، ولعل ما ذكره صاحب النهاية بيان حاصل المعنى.

---

(١) هذا كله مجمع عليه من قبل المسلمين كافة بدون شك، أو ريب.

الأحكام، بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد، وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب. ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم. وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد أو واحدة لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج، ولا كذلك النسب والنكاح، وينبغي أن يطلق أداء الشهادة. أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم

الخلاصة: لو أخبرها واحد بموته واثنان بحياته، إن كان المخبر بالموت عدلاً ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وسعها أن تتزوّج بعد انقضاء عدتها. ثم قال: هذا إذا لم يؤرخا، فإن أرخا وتاريخ شاهدي الحياة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهدي الحياة أولى وكذا بقتله انتهى. وأطلق في وصايا عصام الدين فقال: شهدا أن زوجها مات أو قالت وآخران على الحياة فالموت أولى. وفي فتاوى الفضلي: شهد عندها عدل أن زوجها مات أو قتل أو ارتد والعياذ بالله هل لها أن تتزوّج؟ روايتان: في السير لا يجوز، وفي الاستحسان يجوز.

ومن فروع التسامع في فتاوى النسفي: قال رجل لامرأة: سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج إن كان المخبر عدلاً، فإن تزوجت ثم أخبرها جماعة أنه حيّ إن صدقت الأول يصح النكاح. وفي المنتقى لم يشرط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط، وقد يخال أن هذا خلاف ما تقدم. وقد يفرق بأن ذلك في حل إقدامها وعدمه، وهذا بعد أن تزوجت واستحقها الزوج الثاني ظاهراً، والشيء بالشيء يذكر إذا أخبرها واحد عدل أو شهد عند وليها بأن زوجها طلقها أو مات عنها ووقع في قلبها صدقه لها أن تعتد وتتزوج. وذكر رشيد الدين أيضاً فيه إنما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت إذا كان الرجل معروفاً بأن كان عالماً أو من العمال، أما إذا كان تاجراً أو من هو مثله لا تجوز

تقليد الإمام للقضاء. وأما الموت **(فإنه قلما يشاهده غير الواحد إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج)** بخلاف النسب والنكاح وقوله: **(وينبغي أن يطلق أداء الشهادة)** بيان لكيفية الأداء، وينبغي أن يطلق ذلك فيقول في النسب أشهد أن فلان بن فلان كما يشهد أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ابنا أبي قحافة والخطاب ولم يشاهد شيئاً من ذلك **(فأما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل كما أن معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة وإذا فسر)** بأنه إنما يشهد لأنه رآه في يده **(لا تقبل كذلك هذا، ولو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضياً)** وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه وإذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً وينبسط كل منهما إلى الآخر انبساط الأزواج جاز له أن يشهد بأنها امرأته، فإن سأله القاضي هل كنت حاضراً؟ فقال: لا، تقبل شهادته، لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بأمهات المؤمنين أزواج النبي ﷺ، فعلى الرؤية أولى. وقيل لا تقبل لأنه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضي أنه شهد به بالتسامع، ولو قال أشهد لأني سمعت لا تقبل فكذا هذا **(ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله)** لأنه لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليه. ولو قالا نشهد أن فلاناً مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الأصح. وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف أنه يجوز لأنه أمر تتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل. وقوله: **(ثم قصر الاستثناء في الكتاب)** بيان أن الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب أو لا ففي ظاهر الرواية محصورة وعن أبي يوسف رحمه الله آخراً أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب، قال ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب» والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر فكذا على الولاء، ألا ترى أنا نشهد أن قنبراً مولى عليّ وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما وإن لم ندرك ذلك **(وعن محمد أنها تقبل في الوقف لأنه يبقى على مر الأعصار)** والجواب عن قول أبي يوسف أن الولاء يبتنى على إزالة ملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لأنه يحصل بكلام

قال المصنف: **(أو بإخبار من يثق به)** أقول: لعله عطف على قوله بالاشتهار، فإن ثبوت الشهرة بإخبار عدلين لا يخلو عن بعد. ثم بقي هاهنا بحث، لأن إخبار من يثق لا يفيد حكم العلم، وإلا لصح الشهادة بذلك في البيع وأمثاله، واشتراط التواتر يعدم أو يهدم مبني الاستحسان. ويمكن أن يراد بالعلم هو العلم الميسر في حق المشهود به، ففي حق هذه الأشياء القدر الميسر هذه المرتبة وفيما فوقها حرج بخلاف البيع وأمثاله قوله: **(يشترط أن يكون الإخبار)** أقول: أي إخبار عدلين.

تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة، ثم إذا فسر لا تقبل كذا هذا. ولو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حلّ له أن يشهد على كونه قاضياً وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج كما إذا رأى عيناً في يد غيره. ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة، حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف. وعن أبي يوسف رحمه الله آخراً أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب».

إلا بالمعاينة قوله: **(ثم قصر الاستثناء في الكتاب)** أي استثناء القدوري حيث قال: إلا في النسب إلى آخر الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما. وعن أبي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع رجع إليه، وكان أولاً يقول كقول أبي حنيفة ومحمد لا تجوز إلا أن يسمعا العتق، ثم رجع إلى أنه تجوز لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[1] وفي النسب تجوز بالتسامع، فكذا في الولاء، ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا

تسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه إلى إقامة التسامع مقام البينة. قال شمس الأئمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ إلى أنها لا تحل فيه بالتسامع مطلقاً، ويدل عليه عبارة الكتاب. وقال بعضهم: تقبل في أصله وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي دون شرائطه، لأن أصله هو الذي يشتهر، ولا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل، كذا في

قال المصنف: **(أما إذا فسر للقاضي إلى قوله لم تقبل شهادته)** أقول: لأن إسناده لضعف دليل يريد أن يجعل العهدة على غيره قوله: **(فعلى الرؤية أولى)** أقول: فتحمل شهادته على أحدهما قوله: **(لأنه، إلى قوله: إنه شهد به بالتسامع)** أقول: فيه بحث لأنه يجوز أن يشهد بالرؤية **(قول ولولا قالا الخ)** أقول: المسألة في النهاية نقلاً عن صاحب العمدة.

قوله: **(أن الولاء يبتنى على إزالة ملك اليمين الخ)** أقول: يعني إزالته بالإعتاق قوله: **(مقام البينة)** أقول: الظاهر أن يقال مقام المعاينة قوله: **(ويدل عليه عبارة الكتاب)** أقول: يعني قصر الاستثناء قوله: **(وقال بعضهم: تقبل في أصله)** أقول: في شرح الوقاية لصدر الشريعة، والمراد بأصل الوقف أن هذه الضيعة وقف على كذا، فبيان المصرف داخل في أصل الوقف.

قال المصنف: **(ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة)** أقول: ولعله إنما لم يقل ومن عاين في يد رجل شيئاً وسعه أن يشهد ليشمل الصورة الثالثة إذ لا معاينة فيها قال المصنف: **(لأن اليد، إلى قوله: في الأسباب كلها)** أقول: قال في الكافي: لأن أقصى ما في الباب أنه يعاين أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما، لكن البيع إنما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكاً للبائع وكذا الهبة وإنما يعرف كون المبيع ملكاً للبائع والموهوب ملكاً للواهب بيده بلا منازعة انتهى. فإن قيل: بل يعرف كونها ملكاً بتصرف ذي اليد بيعاً وهبة لا بمجرد اليد. قلنا: لا تصرف في صورة الإرث وهو يكفينا في نفي قول الشافعي قال المصنف: **(فيكتفي بها)** أقول: قال العلامة النسفي

---

(١) حسن بطرقه. أخرجه الشافعي ٢/ ٧٢. ٧٣ ومن طريقه الحاكم ٤/ ٣٤١ والبيهقي ١٠/ ٢٩٢ عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعاً

وأخرجه ابن حبان ٤٩٥٠ فجعل بين أبي يوسف، وابن دينار عبيد الله بن عمر. وفيه بشر بن الوليد وثقه ابن حبان والدارقطني، ومسلمة بن قاسم، وأثنى عليه أحمد. وأخرجه ابن أبي شيبة ٦/ ١٢٣ عن الحسن مرسلاً وإسناده صحيح.

وأخرجه عبد الرزاق ١٦١٤٩ وسعيد بن منصور ٢٨٤ وابن أبي شيبة ٦/ ١٢٢ من طرق عن داود بن أبي هند عن سعيد بن المسيب موقوفاً عليه.

قال ابن حجر في الفتح ١٢/ ٤٤: والمحفوظ ما أخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن ابن أبي هند عن ابن المسيب موقوفاً عليه. وقد تناقض ابن حجر فقد جاء في تلخيص الحبير ٤/ ٢١٣ ما ملخصه: قال البيهقي في المعرفة: كأن الشافعي حدث به من حفظه، فنسي عبيد الله بن عمر من إسناده. وقد رواه محمد بن الحسن فذكر فيه عبيد الله بن عمر وقال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ لأن الثقات رووه عن ابن دينار بغير هذا اللفظ، وهذا اللفظ إنما هو عن الحسن مرسلاً رواه الدارقطني.

وروىٰ الحاكم من طريق محمد بن مسلم الطائفي عن إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر مثل لفظ أبي يوسف والطائفي فيه مقال، وتابعه يحيى بن سليم على إسماعيل بن أمية. قال البيهقي: وابن سليم هذا ضعيف سيء الحفظ.

ورواه أبو جعفر الطبري في تهذيبه، وأبو نعيم في معرفة الصحابة، والطبراني في الكبير من حديث عبد الله بن أبي أوفى، وظاهر إسناده الصحة، وهو يعكر على البيهقي حيث قال عقب حديث أبي يوسف: يروىٰ بأسانيد ضعيفة اهـ فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق، والروايات مع مرسل الحسن يرقىٰ إلى درجة الحسن، والله تعالى أعلم.

وعن محمد رحمه الله أنه يجوز في الوقف لأنه يبقى على مرّ الأعصار، إلا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه. وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون

مولى عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه ونافعاً مولى ابن عمر وبلالاً مولى أبي بكر الصديق. ولهما أنه ينبني على العتق، والعتق لقوله قولاً يسمع، وكثيراً ما يقصد الإشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما ينبني عليه، وليس تجويزنا بالسماع لكون الشيء مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من أن النسب لا يرى إذ لا يرى العلوق، وكذا تقليد القاضي القضاء إلا الخواص والموت والباقي فيؤدي إلى ما ذكرنا، ولا كذلك العتق. وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار الحق، وهذا بناء على أن لا خلاف في العتق أنه لا تقبل بالتسامع، وعليه نص شمس الأئمة. وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني أن الخلاف ثابت في العتق أيضاً عند أبي يوسف تجوز بالتسامع خلافاً لهما، وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي. وشرط الخصاف في الولاء على قول أبي يوسف شرطاً لم يذكره محمد في المبسوط فقال: إنما تقبل إذا كان العتق مشهوراً وللمعتق أبوان أو ثلاثة في الإسلام. قال المصنف **(وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في أصله)** وقال الأقطع في شرحه: قال محمد تجوز، وقوله لأن أصله هو الذي يشتهر ليس بذاك، والوجه في التوجيه أنه وإن كان قولاً مما يقصد الإشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الأعصار تبيد الشهود والأوراق مع اشتهار وقفيته فيبقى في البقاء سائبة إن لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة إلى ذلك. وقوله فالصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشايخ. قال في الفصول: اختلف المشايخ. قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل. ومن المشايخ من قال تجوز على أصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا. وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات: إذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي أن تقبل. ونص عن الشيخ الإمام ظهير الدين إذا لم يكن الوقف قديماً لا بد من ذكر الواقف، وإذا شهدوا أن هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لا تجوز ولا تقبل بل يشترط أن يقولوا وقف على كذا. ثم قال: وما ذكر هنا. وفي الأصل صورته: أن يشهدوا بالتسامع أنها وقف على المسجد أو المقبرة، ولم يذكروا أنه يبدأ بغلتها فيصرف إلى كذا ثم ما فضل يصرف إلى كذا لا يشهد على هذا الوجه بالتسامع، وهكذا قال

الذخيرة قال: **(ومن كان في يده شيء الخ)** رجل رأى عيناً في يد آخر ثم رآها في يد غيره والأول يدعي عليه الملك وسعه أن يشهد بأنه للمدعي لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها، فإن الإنسان وإن عاين

في الكافي: وينبغي أن لا يقيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد حتى لو بين ذلك يرد كما مر في التسامع، لأن معاينة اليد في الأملاك مطلق للشهادة بالملك لا موجب، والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة انتهى. وفيه بحث لم لا يجوز أن يكون كالقضاء بشهادة الفاسق كما سبق فتأمل. والقول الفصل والكلام الجزل في شرح الكنز للزيلعي. وعبارة الكنز: وإن فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا يقبل انتهى. وعبارة الزيلعي: أي فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع، أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لا تقبل شهادته، لأن التسامع أو الرؤية في اليد مجوز للشهادة والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان ومشاهدة أو إطلاق لاحتمال المشاهدة. أما إذا كانت عن تسامع أو رؤية في يده فلا يجوز أن يحكم بها؛ ألا يرى أنه لا يجوز أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده، ولا برؤية نفسه في يد إنسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره، وهذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة، وفيما لا تجب لا يجب، فكذا ينبغي أن لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به، إلا أنا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس انتهى فليفهم، فإن فيه نفعاً في هذا المقام حيث ينجلي بها ظلمات الأوهام. قال في النهاية: ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضي أيضاً القضاء به، حتى أن القاضي لو عاين يده في حال قضائه يحل له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى. ولا تتوهمن المخالفة بين ما ذكره الزيلعي وما في النهاية: فإن ما في شرح الكنز هو ما إذا رأى القاضي قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه في يد غيره كما لا يخفى قوله: **(لئلا يلزم انسداد باب الشهادة)** أقول: كيف يلزم الانسداد إذا شرط معها ما ذكره أبو يوسف والخصاف قوله:

شرائطه، لأن أصله هو الذي يشتهر.

قال: **(ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له)** لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفي بها. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له. قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطاً على الاتفاق. وقال الشافعي رحمه الله: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا رحمه الله لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك. قلنا: والتصرف يتنوع أيضاً إلى نيابة وأصالة. ثم المسألة على وجوه: إن عاين المالك حل له أن يشهد، وكذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحساناً لأن النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته، وإن لم يعاينها أو

المرغيناني قال: لا بد من بيان الجهة أنه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك، حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته. قال: وتأويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف أنه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة أن يشهد أنه يبدأ من غلته فيصرف إلى كذا وكذا، ولو ذكر ذلك في شهادته لا تقبل. ذكره في الذخيرة. وذكر في المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضاً. وأنت إذا عرفت قولهم في الأوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنها يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع قوله: **(ومن كان في يده شيء الخ)** صورتها: رأى عيناً سوى ما استثناه في يد إنسان ثم رآها في يد غيره والأول يدعى عليه الملك وسعه أن يشهد للمدعي لأن الملك يعرف بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه، ولا دليل سواه لأن غاية ما يمكن فيه أن يعاين سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورّث، وشيء من هذه الأسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الأول. وعن أبي يوسف أنه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له. وفي الفوائد الظهيرية أسند هذا القول إلى أبي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المصنف: قالوا يعني المشايخ: يحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد في الرواية. قال الصدر الشهيد: ويحتمل أن يكون قوله قول الكل وبه نأخذ. وقال أبو بكر الرازي: هذا قولهم جميعاً. ووجهه أن الأصل في حل الشهادة اليقين لما عرف، فعند تعذره يصار إلى ما يشهد به القلب لأن كون اليد مسوّغاً بسبب إفادتها ظن الملك، فإذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد، ولهذا قالوا: إذا رأى إنسان درّة ثمينة في يد كناس أو كتاباً في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفي. وقال الشافعي: دليل الملك

البيع أو غيره من الأسباب لا يعلم ملكا لمشتري إلا بملك البائع وملك البائع لا يعلم إلا باليد، وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالإجماع، فإنها إذا لم تجز بحكم اليد انسد بابها. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أن له أن الأصل في الشهادة العلم بالنص وعند إعواز ذلك يصار إلى ما يشهد به القلب

(لأن العيان ليس سبباً للوجوب) أقول: قال في النهاية لكنه ليس سبباً للجواز انتهى، فيه بحث قال المصنف: **(لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك)** أقول: لعل المراد من الإنابة النيابة، وقد فسرت بها في فصل القضاء بالمواريث، وفي الكافي: لأن اليد تتنوع إلى ملك وأمانة وضمان قال المصنف: **(قلنا والتصرف يتنوع أيضاً إلى نيابة وأصالة)** أقول: فيه أن شبهة الشبهة غير معتبرة بل الشبهة واحتمال كون التصرف نيابة من قبيل الأول دون احتمال التصرف فلا يثبت به الملك فليتأمل في أن محل النزاع من قبيل الشبهة وشبهة الشبهة أم لا قوله: **(وضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال)** أقول: فيه تأمل، فإن ضم الخبر المحتمل لكذب إلى مثله قد يفيد نفي الاحتمال كما في الأخبار المتواترة قوله: **(بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه)** أقول: ليس معرفة الاسم والنسب مما يدخل في المعاينة لتحققها بدونها قوله: **(وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال الخ)** أقول: فيه بحث، فإن المقصود بالشهادة ليس النسب بل الملك في الضيعة. والظاهر في الجواب بطلانها جواب القياس وهذا جواب الاستحسان كي لا تضيع الحقوق قوله: **(والتسامع إنما هو بالنسبة الخ)** أقول: لأن الشاهد إذا سمع أن هذا الملك المحدود منسوب إلى فلان بن فلان. فإن الذي يستفيده أو لا من سماع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب إليه وعلمه بما تضمنه الكلام من نسبة الملك إليه إنما هو في المرتبة الثانية، إذ لا تعرف النسبة إلا بعد معرفة المتنسبين.

عاين المالك دون الملك لا يحل له. وأما العبد والأمة، فإن كان يعرف أنهم رقيقان فكذلك لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لأنه لا يد لهما، وإن كانا

اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف، وهو قول مالك، لأن اليد تتنوّع إلى ملك ونيابة وضمان. قلنا: وكذا التصرف أيضاً فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف، ثم ينبغي أن يطلق الشهادة حتى لو قال إنه شهد بناء على اليد لا تقبل، وهذا لأن معاينة اليد مطلق للشهادة مجوّز لها لا موجب على الشاهد أن يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة، ولهذا قلنا: إذا كانت دار في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بالعمارة والهدم ونحو ذلك بيعت دار إلى جانبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك وإن ثبت عنده أنها في يده يتصرف فيها إذا أنكر المشتري أن الدار التي في يده ملكه لأن العيان ليس سبباً للوجوب بل للجواز قوله: **(ثم إن عاين الملك الخ)** حاصله أن المسألة على أربعة أوجه: الأول أن يعاين الملك والمالك، وهو إن عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازع ثم رآه في يد آخر فجاء الأول وادعاه وسعه أن يشهد له وظهر أن المراد بالملك المملوك. الثاني أن يعاين الملك دون المالك بأن عاين ملكاً بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب إليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل

معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم؛ ألا ترى أن صاحب الملك إن كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلاً لحقها ولا يجوز ذلك. وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الأموال وهي باطلة. وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان، والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصداً وهو مقبول فيه كما تقدم، وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن. وإن كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به قوله: **(وأما العبد والأمة)** مردود إلى قوله سوى العبد والأمة. وتقريره أن الرجل إذا رأى عبداً أو أمة في يد شخص فلا يخلو إما أن يعرف رقهما أو لا، فإن كان الأول حل له أن يشهد أنهما ملك من هما في يده لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، وإن كان الثاني فإما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما أو كبيرين، فإن كان الأول فكذلك لأنه لا يد لهما

قالوا: **(ويحتمل أن يكون هذا)** أي ما ذكر من شهادة القلب **(تفسير إطلاق محمد في الرواية)** وهو قوله وسعك أن تشهد أنه له: يعني إذا وقع ذلك في القلب. قيل لو كان ذلك كافياً في الشهادة لقبلها القاضي إذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك. وأجيب بأنا جعلنا العيان مجوّزاً للشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا، وأما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلتزمه، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا كان في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها وأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند إنكار المشتري أن تكون الدار ملك الشفيع لأن العيان ليس سبباً للوجوب وقال الشافعي رحمه الله: **(دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا)** وهو الخصاف **(لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك)** فلا تفيد العلم فلا بد من ضم التصرف إليها. والجواب أن التصرف كذلك، وضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم **(ثم)** هذه **(المسألة على وجوه)** أربعة بالقسمة العقلية: لأنه إما أن يعاين الملك والمالك، أو لم يعاينهما، أو عاين الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك. فإن كان الأول بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد لأنه شهادة عن علم. وإن كان الثاني وسمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لأنه مجازف في الشهادة. وإن كان الثالث وهو إن عاين الملك بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس أن لا تحل له الشهادة لأنها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له. وفي الاستحسان يحل لأن الملك

قال المصنف: **(وإن كانا كبيرين فذلك)** أقول: في الكافي أو صغيران يعبران عن أنفسهما انتهى. والظاهر أن المصنف أراد بالكبير هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغاً أم لا كما يشير إليه صاحب العناية.

كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لأن لهما يداً على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثياب، والفرق ما بيناه، والله أعلم.

له أن يشهد استحساناً. والقياس أن لا تجوز لأن الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة، فكذا في المشهود له. وجه الاستحسان أن الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوماً بالتسامع أيضاً. وأورد عليه أنه يلزم أن تكون الشهادة بالملك بالتسامع. وأجيب بأن الشهادة بالملك هنا ليست قصداً بل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز، وهنا كذلك لأنه سمع أن هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا المتضمن، ولا يخفى أن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به، وكذا المقصود ليس إثبات النسب بل الملك في الضيعة، والله أعلم. وعلى هذا قال الناضحي: فإن كان المالك امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال، فإن كان الملك مشهوراً أنه لها جاز أن يشهد عليه لأن شهرة الاسم كالمعاينة. الثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك بل سمع أن لفلان بن فلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك لأنه مجازف في هذه الشهادة. الرابع أن يعاين المالك بأن عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع أن له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد له بالملك فيها لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود قوله: **(وأما العبد والأمة)** يعني إذا عاينهما في يد إنسان يخدمانه إذا كان يعرف أنهما رقيقان جاز له أن يشهد أنهما ملكه سواء كانا صغيرين أو كبيرين لأنهما بوصف الرق لا يد لهما على أنفسهما وقد شوهد في يد غيرهما فكان كرؤية ثوب في يده، وإن لم يعرف رقهما، فإن كانا صغيرين: أي لا يعبران عن أنفسهما فكذلك يجوز أن يشهد له بملكهما له لما ذكرنا أنهما لا يد لهما على أنفسهما، وإن كانا كبيرين: أي يعبران عن أنفسهما سواء كانا صبيين عاقلين أو بالغين به صرح المحبوبي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والأمة لأن لهما يداً على أنفسهما فتدفع الغير عنهما، حتى أن الصبيّ الذي يعقل لو أقرّ بالرق على نفسه لغيره جاز إقراره ويصنع المقر له به ما يصنع بمملوكه، وإذا كان ممن يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك إذ الحرّ قد يخدم الحرّ خدمة العبيد، وهذا الاحتمال يهدر إذا كانا لا يعبران عن أنفسهما، فأما إذا كان لذلك أهلاً فلا يزال اعتباره إلا بإقرارهما بالرق، فإن لم يقرا لا تثبت الشهادة عليهما به، وإنا لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبرا في يد من هما في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال صغرهما. هذا وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد في الكبيرين أيضاً، وكذا عن أبي يوسف ومحمد فجعلوا اليد في الكل دليلاً على الملك بدليل أن من ادعى عبداً أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لأن الظاهر شاهد له لقيام يده عليه. وقوله: **(والفرق ما بينا)** يريد كون يدهما على أنفسهما فتدفع اليد عنهما.

على أنفسهما، وإن كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلاً غير بالغ كان أو بالغاً فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والأمة، فإن اليد في ذلك لا تدل على الملك لأنهما في أيدي أنفسهما وذلك يرفع يد الغير عنهما حكماً، حتى أن الصبيّ الذي يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه. واعترض بأن الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما. وأجيب بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر وإنما المعتبر بذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: يحل له أن يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثياب، وكذا روي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فجعلوا اليد دليلاً على الملك في الكل؛ ألا ترى أن من ادعى عبداً أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لأن الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدوابّ. والفرق ما بينا وهو قوله لأن لهما يداً على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما، بخلاف الثياب، والله تعالى أعلم.

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال: (ولا تقبل شهادة الأعمى) وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله: تقبل فيما يجري فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه. وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله: يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما ذكر تفصيل ما يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته وأخره لأن المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته. والأصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله ﷺ: «لا شهادة لمتهم»[1] والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة قوله: (ولا تقبل شهادة الأعمى) مطلقاً سواء عمي قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لا تجوز وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله: (تقبل فيما تجوز فيه التسامع لأن الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه) وهو قول للشافعي ومالك وأحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري. وتقبل في الترجمة عند الكل لأن العلم يحصل بالسماع. وقال أبو يوسف: تجوز فيما طريقه السماع، وما لا يكفي فيه السماع إذا كان بصيراً وقت التحمل ثم عمي عند الأداء إذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لأنه إذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت (ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له وعليه) وهو منتف عن الأعمى إلا بالنغمة (وفيه) أي في التمييز بالنغمة (شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود) فلم تقع ضرورة إلى إهداء هذه التهمة، بخلاف وطء الأعمى زوجته وأمته فإنه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فأهدرت دفعاً للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر، بخلاف الميت لأنه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود، على أن الإشارة ثم تقع إلى وكيل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه، ولا حاجة إلى الإلحاق بالحدود من جهة أن شهادة الأعمى لا تقبل فيها بالإجماع بل ما تقدم يكفي إذ الرد بتهمة ما في الحدود لا يستلزم الرد بمثلها في غيرها لأن تلك يحتاط في درء الحكم فيها. وأما الاستدلال بما ورد عن علي

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع، وقدم ذلك على هذا لأنه محالّ الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط، وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة، قال ﷺ: «لا شهادة لمتهم» ولأنها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجته يترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح، وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق، فإن من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه أيضاً فكان متهماً بالكذب، وقد تكون لمعنى في الشهود له من قرابة يتهم بها بإيثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة وقد تكون لخلل في أداء التمييز

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قوله: (والشروط مقدمة على المشروط) أقول: المشروط هو الشهادة لا من يسمع منه الشهادة قوله: (وأصل رد الشهادة الخ) أقول: لا دلالة فيه على الأصالة قوله: (وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة الخ) أقول: أو ملك أو شركة، ففي التخصيص بالقرابة بحث قوله: (يتهم بإيثار المشهود له) أقول: أي يتهم للشاهد قوله: (وقد يكون بالعجز عما جعل الخ) أقول: وهو الإتيان بأربعة شهداء قال المصنف: (ولا تقبل شهادة الأعمى) أقول: لو قبل القاضي شهادة الأعمى وحكم بها يصح حكمه لأنه مجتهد فيه حيث قال مالك: تقبل شهادته مطلقاً كالبصير.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. وقد أخرج البيهقي في سننه ١٠/ ١٥٥ من حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ خطب وقال: ألا لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا الموقوف على حدّ». وقال البيهقي: فيه يحيى بن سعيد الفارسي متروك، وعبد الأعلى ضعيف ا هـ.
تنبيه: وأما بسياق المصنف، فلم أعثر عليه بعد البحث والله أعلم.

على الميت. ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص. ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأن قيام أهلية الشهادة شرط وقت القضاء

رضي الله عنه أنه ردّ شهادة الأعمى فيقول أبو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فجاز كونه كان في حد ونفيه، وقيد في الذخيرة قول أبي يوسف بما إذا كانت شهادته في الدين والعقار. أما في المنقول فأجمع علماؤنا أنها لا تقبل. واستشكل بكتاب القاضي إلى القاضي، فإن الشهود لا يشيرون إلى أحد وتقبل. وأجيب بأن الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون لو رأيناه عرفناه، والأعمى لا يعرفه، إذ لو رآه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل. وأيضاً فنقول: كتاب القاضي إلى القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة

كالعمى المفضي إلى تهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى: ﴿فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ قال: **(ولا تقبل شهادة الأعمى الخ)** شهادة الأعمى إما أن تكون في الحدود والقصاص أو لا، فإن كان الأول فليست بمقبولة بالاتفاق وإن كان الثاني فإما أن تكون فيما يجري فيه التسامع كالنسب والموت أو لا، فإن كان الأول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة، وإن كان الثاني، فإن كان بصيراً وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند أبي يوسف والشافعي، وإن انتفى أحدهما لم تقبل بالاتفاق. فالمعتبر عند أبي يوسف الإبصار عند التحمل، وعندهما استمراره، حتى لو عمي بعد الأداء قبل القضاء امتنع القضاء. أما عدم القبول في الحدود والقصاص فلأنها تندرىء بالشبهات والصوت والنغمة في حق الأعمى يقوم مقام المعاينة، والحدود لا تثبت بما يقم مقام الغير. وأما وجه قول زفر فهو أن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه. والجواب أن من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون، وسيأتي جواب آخر. وأما وجه قول أبي يوسف والشافعي فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل، ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة، والأداء إنما يكون بالقول ولا خلل في القول لأن لسانه غير موف فكان المقتضي لصحة التحمل والأداء موجوداً والمانع وهو عدم التعريف منتف لأن التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت إذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكر نسبته. والجواب لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنا لا نسلم أن القول يستبد بتحصيل الأداء بل الأداء مفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفيه أي في النغمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود، فإن بالشهود البصراء كثرة وفيهم غنية عن شهادة الأعمى، والمراد بالتمييز بالإشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي فإنها تقبل، ولا إشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور، بخلاف الأعمى. وفي قوله يمكن التحرز إشارة إلى الجواب عن الميت، فإن الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لأن المدعي وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم، والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته، وإلى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النغمة مميزة للأعمى فيما هو أعظم خطراً من الأموال وهو وطء زوجته وجاريته فإنه لا يميزهما

قوله: **(لم تقبل بالاتفاق)** أقول: المراد اتفاق مالك، وإلا فعنده مقبولة قياساً على قبول روايته قال المصنف: **(لو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء)** أقول: وقال أبو يوسف: لا يمتنع بل يقضي بها لأنها أديت بشرائطها فلا يتغير بالحادث بعده كما لو مات الشاهد أو غاب. وقال صدر الشريعة: وقول أبي يوسف أظهر قوله: **(والجواب أن من لا تقبل شهادته الخ)** أقول: ولزفر أن يمنع ذلك والفارق بين محل النزاع والمقيس عليه ظاهر إذ ليس واحد منهما أهل الولاية، بخلاف الأعمى قوله: **(وسيأتي جواب آخر)** أقول: في قوله ولنا أن الأداء يفتقر الخ قوله: **(والمانع وهو عدم التعريف الخ)** أقول: الظاهر أن يقال: والشرط وهو التعريف موجود قوله: **(وفيه أي في النغمة الخ)** أقول: ويجوز إعادة الضمير إلى التمييز بالنغمة فلا حاجة إلى التأويل قوله: **(والمراد بالتمييز بالإشارة الخ)** أقول: فيؤول الكلام إلى نوع مصادرة قوله: **(فصار كالحدود والقصاص)** أقول: عدم قبول شهادة الأعمى فيهما لأنهما لا يثبتان بما يقوم مقام الغير كما مر، وليس كذلك الأموال، ألا ترى أنها تثبت بالنسبة في كتاب القاضي إلى القاضي مثلاً فكيف يلحق بهما قال المصنف: **(ولا المملوك لأن الشهادة من باب الولاية)** أقول: الوكالة ولاية كما يعلم من أوائل باب عزل الوكيل والعبد محجوراً كان أو مأذوناً تجوز وكالته فتأمل في جوابه.

لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرس أو جنّ أو فسق، بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا، لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت **(قال ولا المملوك)** لأن الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا

في شهادة الأعمى لما ذكرنا من إمكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا. قال: فلو أدى بصيراً ثم عمي قبل القضاء امتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده أي عند القضاء لأنها إنما تراد للقضاء فما يمنع الأداء يمنع القضاء، والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الأداء فيمنع القضاء، وأبو يوسف قاسه بما إذا غاب الشاهد بعد الأداء قبل القضاء أو مات. قلنا: بالموت انتهت الشهادة وتمت بالغيبة ما بطلت، بخلاف العمى فإنه مبطل لها. وفي المبسوط أنه لا تجوز شهادة الأخرس بإجماع الفقهاء لأن لفظة الشهادة لا تتحقق منه، ونقض بأن الأصح من قول الشافعي رحمه الله تقبل إذا كانت فيه إشارة مفهومة، وبقولنا قال مالك وأحمد وهو قول للشافعي، ولا شك في تحقق التهمة في الإشارة فهو أولى بعدم القبول من الأعمى لأن في الأعمى إنما تتحقق التهمة في نسبته وهنا تتحقق في نسبته وغيره من قدر المشهود به وأمور أخر قوله: **(ولا تقبل شهادة المملوك)** أي الرقيق، وبه قال مالك والشافعي، وقال أحمد تقبل على الأحرار والعبيد، وهو قول أنس بن مالك رضي الله عنه، وهو قول عثمان البتي وإسحاق وداود. وعن عليّ رضي الله عنه: تقبل على مثله لا الأحرار، والمعوّل عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو إلا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تميزه وعدم ولايته على نفسه لعارض يخصه من حق المولى لا لنقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع. وأما ادعاء الإجماع على عدم قبوله فلم يصح. قال البخاري في صحيحه، وقال أنس رضي الله عنه: شهادة العبد جائزة إذا كان عدلاً. وأجازه شريح وزرارة بن أبي أوفى. وقال ابن سيرين: شهادته جائزة إلا العبد لسيده. وأجازه الحسن وإبراهيم، وقال شريح كلكم بنو عبيد وإماء، إلى هنا لفظ البخاري[1]. ولا تقبل شهادة الصبيّ عندنا وهو قول مالك والشافعي وأحمد وعامة العلماء. وعن مالك تقبل في الجراح إذا كانوا مجتمعين لأمر مباح قبل أن يتفرقوا، ويروى ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنه. والوجه أن لا تقبل لنقصان العقل والتمييز وربما يقدم لعلمه بعدم التكليف.

[فروع] إذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فأداها بعد العتق قبلت، كالصبي إذا تحمل فأدى بعد البلوغ، وكذا الذمي إذا سمع إقرار المسلم ثم أسلم فأدى جاز قوله: **(ولا المحدود في قذف وإن تاب)** وقال الشافعي ومالك وأحمد تقبل إذا تاب، والمراد بتوبته الموجبة لقول شهادته أن يكذب نفسه في قذفه، وهل يعتبر معه إصلاح العمل؟ فيه قولان في قول يعتبر لقوله تعالى ﴿إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا﴾ [آل عمران: ٨٩]

عن غيرهما إلا بالنغمة وذلك تناقض. وتقرير ذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورات، بخلاف ما نحن فيه، ولا نسلم انتفاء المانع فإن انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر، وفيه إشارة أيضاً إلى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف. وأما وجه أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لمنع القضاء بالعمى الطارىء بعد الأداء فهو أن شرط القضاء قيام أهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده، ولا قيام لها بالعمى فصار كما إذا خرس أو جنّ أو فسق، فإنهم أجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو جنّ أو ارتدّ بعد الأداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته، والأمر الكلي في ذلك أن ما يمنع الأداء يمنع القضاء، لأن المقصود من أدائها القضاء وهذه الأشياء تمنع الأداء بالإجماع فتمنع القضاء، والعمى الطارىء بعد التحمل يمنع الأداء عندهما فيمنع القضاء، وعند أبي يوسف لا يمنع الأداء فلا يمنع القضاء قوله: **(بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا)** جواب عما يقال لا نسلم أن قيام الأهلية وقت

---

(١) ذكر هذه الآثار في صحيحه عقب حديث ٢٦٥٨ كتاب الشهادات: ٥٢ باب: شهادة الإماء والعبيد. وذكر الحافظ في الفتح ٥/ ٢٦٧. ٢٦٨ من وصل هذه الآثار. وانظر سنن البيهقي ١٠/ ١٦١.

تثبت له ولاية على غيره، (ولا المحدود في قذف وإن تاب) لقوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ ولأنه من تمام الحدّ لكونه مانعاً فيبقى بعد التوبة كأصله، بخلاف المحدود في غير القذف لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة.

وقيل لا لأن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكرة تب تقبل شهادتك[1]. وقد يجاب بأن أبا بكرة كان من العبّاد وحاله في العبادة معلوم، فصلاح العمل كان ثابتاً له فلم يبق إلا التوبة بإكذاب نفسه، وأصله أن الاستثناء في قوله تعالى ﴿إلا الذين تابوا﴾ [آل عمران: ٨٩] ينصرف إلى الجملة الأخيرة أو إلى الكل، والمسألة محررة في الأصول، وهي أن الاستثناء إذا تعقب جملاً متعاطفة هل ينصرف إلى الكل أو إلى الأخيرة؟ عندنا إلى الأخيرة، وقد تقدم ثلاث جمل هي قوله تعالى ﴿فاجلدوهم﴾ ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٤] والظاهر من عطف ولا تقبلوا أنه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأبيد. أما المناسبة فلأن رد شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن فعل لسانه كما أنه آلم قلب المقذوف بسبب فعل لسانه، بخلاف قوله ﷺ: «جلد مائة وتغريب عام»[2] فإنه لا يناسب الحد، لأنه ربما يصلح مانعاً في المستقبل من فعله، والتغريب سبب لزيادة الوقوع لأنه لغربته وعدم من يعرفه لا يستحي من أحد يراقبه، فإذا فرض أن له داعية الزنا أوسع فيه، وكذا قيد التأبيد لا فائدة له إلا تأبيد الرد، وإلا لقال: ولا تقبلوا لهم شهادة. وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول. ثم استثنى الذين تابوا، وهذا لأن الرد على ذلك التقدير ليس إلا للفسق ويرتفع بالتوبة فلا معنى للتأبيد على تقدير القبول بالتوبة. وأما رجوع الاستثناء إلى الكل في قوله تعالى في المحاربين: ﴿أن يقتلوا أو يصلبوا﴾ إلى قوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤] حتى سقط عنهم الحد فلدليل اقتضاه، وهو قوله تعالى: ﴿من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤] فإنه لو عاد إلى الأخيرة: أعني قوله تعالى: ﴿لهم عذاب عظيم﴾ لم يبق لقوله ﴿من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤] فائدة للعلم بأن التوبة تسقط العذاب، ففائدة قوله تعالى: ﴿من قبل أن تقدروا عليهم﴾ ليس إلا سقوط الحد، وهذا لأنا إنما نقول بعود الاستثناء إلى الأخيرة فقط إذا تجرد عن دليل عوده إلى الكل، فأما إذا اقترن به عاد إليها كما يقول هو إن عوده إلى الكل إذا تجرد عن دليل عوده إلى الأخيرة فقط لو اقترن به عاد إليها فقط، وحينئذ فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لأنها لم تقترن بما يوجب أن الرد من تمام

القضاء شرط، فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا أهلية عنده. ووجه ذلك أن الأهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت (قال ولا المملوك الخ) لا تقبل شهادة المملوك لأن الشهادة ولاية متعدية، وليس له ولاية قاصرة، فأولى أن لا يكون له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وإن تاب لقوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له، والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما، وأن معنى قوله لهم: أي للمحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدوداً في قذف، ولأنه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعاً عن القذف كالجلد والحد وهو الأصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتباراً له بالأصل قوله: (بخلاف

قوله: (وأن معنى، إلى قوله: عن كونه محدوداً في قذف) أقول: لعل مراده أن نسبة أمر إلى المشتق تفيه عليه المأخذ، فمعنى الآية: ولا تقبلوا شهادتهم لكونهم محدودين في القذف، وفي التوبة لا تزول هذه العلة فكذا معلولها قال المصنف: قوله: (ولأنه من تمام الحد) أقول: دليل على المدعي مع قطع النظر عن لفظة أبداً بخلاف الدليل الأول قال المصنف: (لأن الرد المفسق) أقول: لا لأنه من تمام الحد قوله: (إذ الحكم الثابت له التوقف الخ) أقول: فيه تأمل، إذ لا منافاة بين التوقف والنهي عن القبول، وسيجيء في شهادة أهل الذمة في هذا الباب ما يؤيد ما قلنا.

---

(١) أخرجه البيهقي ١٠/ ١٥٢ بسنده عن ابن المسيب أن عمر قال لأبي بكرة: «إن تبت قبلت شهادتك، أو قال: تب تُقبل شهادتُك» وإسناده جيد، ثم ساقه من عدة طرق.

تنبيه: وقع في الأصل لابن الهمام: تب قبل شهادتك. والصواب ما أثبته: تقبل. والله أعلم.

(٢) تقدم في حد الزنا مستوفياً، وهو في الصحاح.

وقال الشافعي رحمه الله تقبل إذا تاب لقوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا﴾ استثنى التائب. قلنا: الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن **(ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم**

الحد فكان قياساً في مقابلة النص. لا يقال: ردّ الاستثناء إلى الجملة الأخيرة ينفي الفائدة لأنه معلوم شرعاً أن التوبة تنزيل الفسق بغير هذه الآية. لأنا نقول: كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلاً بل سمعاً، وذلك بإيراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه، وكون آية أخرى تفيده لا يضر للقطع بأن طريق القرآن تكرار الدوآل خصوصاً إذا كان مطلوب التأكيد ﴿كأقيموا الصلاة﴾ [البقرة: ٤٣] وقد تكرر قوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا﴾ [المائدة: ٣٤] لذلك الغرض، ففي آية ﴿إلا الذين تابوا﴾ إلى قوله: ﴿فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم﴾ [البقرة: ٦٠] وفي أخرى ﴿إلا من تاب وآمن﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئاً﴾ [مريم: ٦٠] وفي أخرى: ﴿إلا من تاب﴾ إلى قوله تعالى ﴿فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات﴾ [الفرقان: ٧٠] ومواضع أخرى عديدة، ولم يسع أن يقال في أحداهما قد عرف هذا بآية أخرى فلا فائدة في هذا إلا من أقدم على الكفر والعياذ بالله تعالى، وإنما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى، ولأنه إذا لم يذكره إلا في موضع واحد فعسى أن لا يسمعه بعض الناس، فإذا تعددت مواضعه فمن لم يسمع تلك الآية سمع تلك، ومن لم يسمع تلك سمع أخرى فكان في تعداد إفادة هذا المعنى نصب مظنة علمه لكل أحد مع تأكيد جانب عفوه لا نحصي ثناء عليه، وأما عن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكرة تب أقبل شهادتك ففي توبته نظر، لأن رواية عمرو بن قيس[1]، ولو تركنا النظر في ذلك كان معارضاً بما قاله لأبي موسى الأشعري في كتابه له: والمسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجلود في قذف، أو مجرباً في شهادة زور، أو ظنيناً بقرابة[2]. وقد قدمنا عنه عليه الصلاة والسلام من رواية ابن أبي شيبة قوله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في قذف»[3] وبقولنا قال سعيد بن المسيب

المحدود في غير القذف) جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ والفاسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف. ووجه ذلك أن ردّ الشهادة إن كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود في غير القذف، وأما إذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فإنه من تمام الحد كما ذكرنا، وليس للفسق إذ الحكم الثابت له التوقف

قوله: **(فإن قلت: فاجعله بمعنى الطلبي الخ)** أقول: أي بمعنى فسقوا، فتقدير الكلام حينئذ: ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وفسقوهم، ويكون إيثار صيغة الإخبار للمبالغة قوله: **(كما في قوله «بالوالدين إحساناً»)** أقول: حيث أول بأحسنوا قوله: **(سلمناه لكنه كان إذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة)** أقول: لا يلزم من كونه جزاء أن يكون حداً فإن الحد هي العقوبة المقدرة وعدم قبول الشهادة ليس كذلك، مع أن أصل الحد هنا يسقط بعفو المقذوف وإحلاله المشار إليه بقوله تعالى: ﴿وأصلحوا﴾ فإن من جملة الإصلاح الاستحلال، أشير إليه في التلويح قوله: **(لكنه كان أبداً مجازاً الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه باق على حقيقته في حق التائب الذي هو الباقي بعد الثنيا والنهي عن القبول بالنسبة إلى شهادتهم فليتأمل قال المصنف: **(أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن)** أقول: قال العلامة النسفي في الكافي: لأن

---

(١) أثر عمر. تقدم قبل حديث واحد، وما ذكره المصنف من أنه معلول بعمر بن قيس، فهو صواب لأن ابن قيس واهٍ إلا أن البيهقي أخرجه ١٠/ ١٥٢ من طرق أخرى وإحدى هذه الطرق رجاله كلهم ثقات، والمتكلم فيه منهم أحمد بن شيبان، وقد جاء في الميزان: صدوق. قيل: كان يخطىء، ووثقه ابن حبان ا هـ. وبقية رجاله ثقات رجال البخاري ومسلم. وله طرق أخرى وعلته على ذلك واحدة، وهي أن ابن المسيب لم يسمع من عمر هذا على قول: مالك، ويحيى وذكره ابن التركماني في الجوهر ١٠/ ١٥٣.

(٢) موقوف. وقد تقدم في أواخر الشهادات.

(٣) ضعيف. تقدم في أواخر الشهادات، وفيه حجاج ابن أرطاة واهٍ.

فائدة: جاء في الجوهر النقي ١٠/ ١٥٢. ١٥٣ ما ملخصه: قال ابن التركماني: وفي المحلى لابن حزم روينا من طريق ابن جريج عن عطاء الخراساني عن ابن شهاب: شهادة القاذف لا تجوز، وإن تاب. وصحح عن الشعبي في أحد قوليه، والنخعي، وابن المسيب في أحد قوليه، والحسن، ومجاهد في أحد قوليه، ومسروق، وعكرمة في أحد قوليه: «أن القاذف لا تقبل شهادته أبداً، وإن تاب» وعن شُريح: «المحدود في قذف لا تقبل شهادته أبداً» وهو قول: أبي حنيفة، وأصحابه، وسفيان. ا هـ.

تقبل شهادته) لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى، بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلاً فتمام حده يردّ شهادته بعد العتق قال: (ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده، ولا

وشريح والحسن وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير، وهكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهم. قال المصنف (أو هو استثناء منقطع) وذلك لأن التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين، فكأنه قيل: وأولئك هم الفاسقون لكن الذين تابوا فإن الله غفور رحيم: أي يغفر لهم ويرحمهم، وإذا كان الرد من تمام الحد لكونه مانعاً: أي زاجراً يبقى بعد التوبة كأصله: أي كأصل الحد فإنه لا يسقط بالتوبة، فكذا ما كان تماماً له. وفي المبسوط: الصحيح من المذهب عندنا أنه إذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته قوله: (ولو حدّ الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة) في الجملة فكان ردها من تمام شهادته، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حدّ في قذف ثم أعتق لا تقبل شهادته، لأنه لم تكن له شهادة إذ ذاك، فلزم كون تتميم حدّه بردّ الشهادة التي تجددت له. وقد طولب بالفرق بينة وبين من زنى في دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد إلى أن أمكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب إلى الإمكان بالخروج إلى دار الإسلام. أجيب بأن الزنا في دار الحرب لم يقع موجباً أصلاً لعدم قدرة الإمام، فلم يكن الإمام مخاطباً بإقامته أصلاً لأن القدرة شرط التكليف، فلو حدّه بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب، وغير الموجب لا ينقلب موجباً بنفسه خصوصاً في الحد المطلوب درؤه. أما قذف العبد فموجب حال صدوره للحد غير أنه لم يكن تمامه في الحال فتوقف تتميمه على حدوثها بعد العتق. قال في المبسوط بعد أن ذكر فرق المصنف: هذا الفرق على الرواية التي يقبل فيها خبر المحدود في القذف في الديانات، أما على رواية المنتقى أن لا تقبل فالفرق أن الكافر بالإسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند إقامة الحد، وهذه العدالة لم تصر مجروحة بإقامة الحد، بخلاف العبد فإنه بالعتق لا

بقوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ لا النهي عن القبول. وقال الشافعي رحمه الله: تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى. إلا الذين تابوا. استثنى التائب والاستثناء ينصرف إلى الجميع فيكون تقديره: ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً إلا الذين تابوا. والجواب أنه منصرف إلى ما يليه وهو قوله: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ وهو ليس بمعطوف على ما قبله لأن ما قبله طلبي وهو إخباري. فإن قلت: فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى: ﴿وبالوالدين إحساناً﴾ قلت: يأباه ضمير الفصل، فإنه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر وهو يؤكد الإخبارية. سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الأصل، سلمناه لكنه كان إذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كأصل الحد وهو تناقض ظاهر. سلمناه لكنه كان أبداً مجازاً عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود. سلمناه لكن جعله مجازاً ليس بأولى من جعل الاستثناء منقطعاً بل جعله منقطعاً أولى دفعاً للمحذورات، وتمام العثور على هذا المبحث يقتضي مطالعة تقريرنا في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة. قوله: (ولو حد الكافر) يعني إذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار، فإذا أسلم جازت شهادته مطلقاً لأن للكافر شهادة على مثله، ومن له ذلك وحدّ في القذف كان ردّ شهادته من تتمة حدّه، وبالإسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الأولى فلا يكون الرد من تمامها، والعبد إذا حدّ في القذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة إلا ما كان بعد العتق فجعل ردها من تمام حده، وطولب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام وبين العبد إذا حدّ في القذف حيث جعل القذف قائماً في حقه إلى حصول أهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائماً إلى حصول نفوذ الولاية، وفرق بينهما بأن الزنا لم

التائبين ليسوا من الفاسقين، فكان معناه: ولكن الذين تابوا فإن الله يغفر لهم ذنوبهم ويرحمهم، فكان كلاماً مبتدأ غير متعلق بما قبله انتهى. وفي قوله لأن التائبين الخ بحث ظاهر، إذ له أن يقول: الاستثناء من قوله أولئك هو الظاهر كما في أمثاله قوله: (في الاستدلالات الفاسدة) أقول: في باب وجوه الوقوف على أحكام النظم قوله: (والقذف موجب في حق الأصل) أقول: أراد من الأصل الجلد.

قوله: (لا تقبل شهادة الوالد الخ) أقول: ومالك يخالفنا في قرابة الوالد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم كذا في النهاية والكافي وشرح الكنز للزيلعي. وقال العلامة الكاكي في معراج الدراية: ما وجدت هذا في الكتب المشهورة لأصحاب مالك رحمهم الله.

شهادة الولد لأبويه وأجداده) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره» ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة.

قال العبد الضعيف: والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا شهادة للقانع بأهل البيت» وقيل المراد الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها.

يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صارت عدالته مجروحة بإقامة الحد. ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله إذا حد ثم أعتق، لأنه لو لم يحد عتق فحد لا تقل أيضاً، ولكن وضعه كذلك لأنه سيق لبيان الفرق بينه وبين الكافر، والكافر لو قذف مسلماً ثم أسلم ثم حد لم تقبل شهادته، ولو حد بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال إسلامه فيه اختلاف الروايتين. ومر في حد القذف وفي هذه المسألة ثلاث روايات: لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام لحد، تسقط إذا أقيم أكثره، تسقط إذا ضرب سوطاً لأن من ضرورة ذلك القدر الحكم شرعاً بكذبه قوله: **(ولا شهادة الوالد)** وإن علا لولده وإن سفل **(ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده)** أما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له. قال المصنف: والأصل فيه قوله ﷺ: «لا تقبل»[1] الخ. وهذا الحديث غريب، وإنما أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال: لا تجوز شهادة الابن لأبيه، ولا الأب لابنه، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا الشريك لشريكه في الشيء بينهما لكن في غيره «ولا الأجير لمن استأجره ولا العبد لسيده» انتهى. وقال ابن أبي شيبة: حدثنا وكيع عن سيفان به وأخرجا نحوه عن إبراهيم النخعي، لكن الخصاف وهو أبو بكر الرازي الذي شهد له أكابر المشايخ أنه كبير في العلم رواه بسنده إلى عائشة رضي الله عنها: ثنا صالح ابن زريق وكان ثقة: ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأجير لمن استأجره»[2] انتهى. وقد فسر في رواية شريح أمر الشريك. وذكر المصنف أيضاً عنه ﷺ «لا شهادة للقانع بأهل البيت» وهو بعض حديث رواه أبو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عنه أبيه عن جده: «أن رسول الله ﷺ ردّ شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه وشهادة القانع بأهل البيت وأجازها لغيرهم»[3]. قال أبو داود: الغمر

ينعقد موجباً في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجباً، والقذف موجب في حق الأصل فيوجب الوصف عند إمكانه، واعترض على كلام المصنف بأنه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الإعتاق، لأنه إذا حد بعد الإعتاق ترد الشهادة أيضاً لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فأوجب الرد. وأما إذا قذف الكافر مسلماً ثم أسلم فحد في حال إسلامه لم تقبل شهادته، ولو حد قبل الإسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الإسلام مفيداً. والجواب أن فائدته تطبيق المسألتين في عروض ما

---

(١) واه بمرة. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٢ وقال: غريب. وهو في مصنف عبد الرزاق وابن أبي شيبة من قول شريح. وأخرجا نحوه عن النخعي وقال في الخلاصة: رواه الخصاف بإسناده مرفوعاً ا هـ. قلت: ساق إسنده ابن الهمام رحمه الله، وفي إسناده يزيد بن أبي زياد الشامي. قال عنه ابن حجر في التقريب: متروك ا هـ. فلا حجة بما أسنده الخصاف، والصواب كونه عن شُريح.

(٢) تقدم أن فيه يزيد بن زياد الشامي، وهو متروك انظر ما قبله.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٠٠ و ٣٦٠١ وأحمد ٢/ ٢٠٤. ٢٢٥. ٢٢٦ والدارقطني ٤/ ٢٤٤ والبيهقي ١٠/ ٢٠٠ كلهم من طريق سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. ورواية: «لا تجوز شهادة. . .» الخ بدل: ردّ.
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ١٩٨: وسنده قوي ا هـ وسليمان توبع فقد أخرجه ابن ماجه ٢٣٦٦ والبيهقي ١٠/ ١٥٥ وأحمد ٢/ ٢٠٨ وفيه الحجاج بن أرطاة غير قوي وتابعهما آدم بن فائد على عمرو بن شعيب. لكن آدم هذا كما قال الذهبي في الميزان. وهذا عن البيهقي ١٠/ ١٥٥ دون لفظ: القانع وشاهده الآتي، فهذا حسن بمجموع طرقه.

قال: **(ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر)** وقال الشافعي رحمه الله: تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما، ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمناً كما في الغريم إذا

الشحناء، وكذا رواه عبد الرازق في مصنفه، وعنه رواه أحمد قال في التنقيح: محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما، وتكلم فيه بعض الأئمة، وقد تابعه غيره عن سليمان، ورواه عن عمرو بن شعيب الحجاج بن أرطاة في ابن ماجه وآدم بن فائد في الدارقطني، ولم يذكرا فيه القانع. وأخرج الترمذي عن زيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا مجلود حداً، ولا ذي غمر على أخيه، ولا مجرّب بشهادة زور، ولا القانع بأهل البيت، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة»[1] انتهى. وقال: غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي، وهو يضعف في الحديث. قال: والغمر العداوة انتهى. وقال أبو عبيد: الغمر العداوة، والقانع التابع لأهل البيت كالخادم لهم. قال: يعني ويطلب معاشه منهم. والظنين: المتهم في دينه. فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن. فإذا ثبت ردّ القانع وإن كان عدلاً فالولد والوالد ونحوهما أولى بالرد، لأن قرابة الولاد أعظم في ذلك فيثبت حينئذ ردّ شهادتهم بدلالة النص، ويكون دليلاً على صحة حديث الترمذي المذكور فيه «ولا ظنين في ولاء ولا قرابة»[2] وإن كان راويه مضعفاً، إذ ليس الراوي الضعيف كل ما يرويه باطل إنما يرد التهمة الغلط لضعفه، فإذا قامت دلالة أنه أجاد في هذا لمتن وجب اعتباره صحيحاً وإن كان من روايته، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه، ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعاً وضع الزكاة فيهم، وعلى هذا كان شريح حتى ردّ شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعليّ رضي الله عنه فقال عليّ: أما سمعت أنه ﷺ قال للحسن والحسين «هما سيدا شباب أهل الجنة قال: نعم صدق رسول الله ﷺ، ولكن أئت بشاهد آخر، فقيل عزله ثم أعاده وزاد في رزقه»[3] فقيل رجع عليّ رضي الله عنه إلى قوله، وقوله والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه، وهو معنى قوله ﷺ «لا شهادة للقانع بأهل البيت»[4] وقد ذكرناه. وفي الخلاصة: والتلميذ

يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحوج إلى الفرق. وأما أن الشهادة لا تقبل بعد الإعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا منافاة فيه. قال: **(ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده، ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره»)** قيل: ما فائدة قوله لسيده، فإن العبد لا شهادة له في حق أحد. وأجيب بأنه ذكره على سبيل الاستطراد، فإنه عليه الصلاة والسلام لما

قال المصنف: **(أو تتمكن فيه الشبهة)** أقول: فيه كلام، وفي بعض النسخ: أو تتمكن فيه التهمة: أي تهمة الميل وهي المراد بالشبهة قوله: **(من القنوع)** أقول: لا من القناعة.

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ٢٣١٨ والدارقطني ٤/ ٢٤٤ والبيهقي ١٠/ ١٥٥ كلهم من حديث عائشة وقال الترمذي: حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي، ويزيد يضعف، ولا نعرف معنى هذا الحديث، ولا يصح عندي من قبل إسناده اهـ. وكذا ضعفه الدارقطني، والبيهقي. وشاهده المتقدم أحسن إسناداً منه.
وأخرجه الدارقطني ٤/ ٢٤٤ والبيهقي ١٠/ ١٥٥ من حديث ابن عمر وقال البيهقي: فيه يحيى بن سعيد الفارسي متروك وعبد الأعلى بن محمد ضعيف.

(٢) تقدم في الذي قبله، وحديث أبي داود أحسن من حديث الترمذي.

(٣) حسن. هذه القصة لم أعثر عليها. وأما الحديث المرفوع فقد أخرجه الترمذي ٣٧٦٨ وابن أبي شيبة ١٢/ ٩٦ وأحمد ٣/ ٣. ٦٢. ٨٤ والنسائي في المناقب كما في التحفة ٣/ ٣٩٠ وابن حبان ٦٩٥٩ وأبو يعلى ١١٦٩ كلهم من حديث أبي سعيد: الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة. وقال الترمذي: حسن صحيح. وهو كما قال. وزاد ابن حبان وغيره: إلا ابني الخالة عيسى ويحيى. ومن حديث حذيفة. أخرجه ابن حبان ٦٩٦٠ وأحمد ٥/ ٣٩١ والترمذي ٣٧٨١ والحاكم ٣/ ٣٨١ وصححه الحاكم وسكت الذهبي وحسنه الترمذي وهو كما قال.

(٤) هو بعض حديث عائشة، وعبد الله بن عمرو بن العاص. وتقدما.

شهد لمديونه المفلس. ولنا ما روينا، ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهداً لنفسه من وجه أو يصير

الخاص لذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة. وقيل المراد بالأجير الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة، لأنه إذا كانت إجارته على هذا الوجه دخلت منفعته التي هي الأداء في أجرته فيكون مستوجباً الأجر بها فيصير كالمستأجر عليها لأن العقد وقع موجباً تمليك منافعه، ولهذا يستحق الأجرة بتسليم نفسه وإن لم يعمل، بخلاف الأجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستأجر لأن العقد لم يقع موجباً تمليك منافعه بل وقع على عمل معين له، ولهذا لا يستحق الأجرة حتى يعمل فافترقا. وفي العيون: قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلاً يوماً واحداً فشهد له الأجير في ذلك اليوم: القياس أن لا تقبل، ولو كان أجيراً خاصاً فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطلها كرجل شهد لامرأته ثم طلقها، ولو شهد ولم تكن أجيراً ثم صار أجيراً له قبل أن يقضي فإني أبطل شهادته فإن لم تبطل الإجارة ثم أعاد الشهادة جازت، كالمرأة إذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز. وما في زيادات الأصل من قوله تقبل شهادة الأجير حمل على الأجير المشترك كما حمل ما في كتاب كفالة الأصل لا تجوز شهادة الأجير على الأجير الخاص لما في نوادر ابن رستم قال محمد: لا أجيز شهادة الأجير مشاهرة وإن كان أجيراً مشترك قبلت شهادته ا هـ. وأما شهادة الأستاذ للتلميذ والمستأجر للأجير فمقبولة لأن منافعهما ليست بمملوكة للمشهود له قوله: **(ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر)** ولو كان المشهود له من الزوجة أو الزوج مملوكاً. وقال الشافعي: تقبل، وبقولنا قال مالك وأحمد. وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي: لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقاً في ماله لوجوب نفقتها، وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة. وجه الشافعي أن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة: أي كل يد في حيز غير حيز الأخرى فهي ممنوعة عنه من حاز الشيء منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجري بينهما القصاص والحبس بالدين، ولا معتبر بما بينهما من المنافع المشتركة لكل مهما بمال الآخر لأنه غير مقصود بالنكاح لأنه لم يقصد لأن ينتفع كل منهما بمال الآخر، وإنما يثبت ذلك تبعاً للمقصود عادة وصار كالغريم إذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم أنه يشاركه في منفعته. ولنا ما روينا من قوله ﷺ: «ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته»[1] وقد سمعت أنه من قول شريح ومرفوع من رواية الخصاف، ولو لم يثبت فيه

عدّ مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكأنه قال: لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة إليهم، واتصالها يوجب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن يتمكن فيه شبهة. قال المصنف رحمه الله: **(والمراد بالأجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه)** قيل: التلميذ الخاص هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا شهادة للقانع بأهل البيت» من القنوع لأنه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم. وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة، وهو الأجير الواحد فيستوجب: أي فإنه إذا كان كذلك يستوجب الأجر بمنافعه، وأداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستأجر عليها، وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه، إذ ليس له فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع، ولهذا جاز شهادة الأستاذ له ووضع الزكاة فيه، لكن الإجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس. وأما شهادة الأجير المشترك فمقبولة لأن منافعه غير مملوكة لأستاذه، ولهذا له أن يؤجر نفسه من غيره في مدة الإجارة. قال: **(ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر، وقال:**

قال المصنف: **(والأيدي متحيزة)** أقول: قال ابن الهمام: أي يد كل منهما في حيز غير حيز الأخرى، فهي مجموعة عنه من حاز الشيء جمعه فلا اختلاط فيها انتهى. وفي القاموس وغيره: تحوز وتحيز بمعنى تنحى انتهى. وهذا المعنى هو الأنسب هنا قوله: **(بخلاف الرجل لكونه قواماً)** أقول: وبخلاف المرأة فإن لها حق الأخذ للنفقة والظفر ليس موهوماً.

(١) تقدم قبل قليل وأن الصواب كونه عن شريح من قوله. وأما رواية الخصاف ففي إسناده يزيد بن زياد الشامي، وهو متروك كما في التقريب.

متهماً، بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية على المشهود به، **(ولا شهادة المولى لعبده)** لأنه شهادة لنفسه من كل

نص كفى المعني فيه، وإلحاقه بقرابة الولاد في ذلك الحكم بجامع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل غنياً بمال الآخر، ولذا قال تعالى: ﴿ووجدك عائلاً فأغنى﴾ [الضحى: ٨]قيل بمال خديجة رضي الله عنها[1]، بل ربما كان الاتصال بينهما في المنافع والانبساط فيها أكثر مما بين الآباء والأولاد، بل قد يعادي أبويه لرضا زوجته وهي لرضاه، ولأن الزوجية أصل الولاد لأن الولادة عنها تثبت فيلحق بالولاد فيما يرجع إلى معنى اتصال المنافع كما أعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا، بخلاف القصاص لأن بعد الموت لا زوجية. وفي المحيط: لا نقبل شهادته لمعتدته من رجعي ولا بائن لقيام النكاح في بعض الأحكام. ولو شهد أحدهما للآخر في حادثة فردت فارتفعت الزوجية فأعاد تلك الشهادة تقبل، بخلاف ما لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلاً وأعاد تلك الشهادة لا تقبل، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الأصح، لأن القاضي لما ردها صار مكذباً في تلك الشهادة شرعاً فلا تقبل، بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي إذا أردت ثم أعتق وأسلم وبلغ وأعادها تقبل، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك وهو رواية عن أحمد: لا تقبل كالردّ للفسق. قلنا: ردّ شهادتهم لعدم الأهلية لا لتهمة الكذب وهي كافية في الردّ، فإذا صاروا أهلاً تقبل. ولو قيل الردّ في الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل لمجرد تهمته به، وبالإعادة في العدالة ترتفع تهمة كذبة في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج إلى الجواب، فصار الحاصل: كل ما ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل إذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى، إلا العبد إذا شهد فردّ والكافر والأعمى والصبي إذا شهد كل منهم فرد ثم أعتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم، وتقبل لأم امرأته وأبيها ولزوج بنته ولامرأته ابنه ولامرأة أبيه ولأخت امرأته قوله: **(ولا شهادة المولى لعبده)** لما تقدم من رواية الخصاف، ولأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين ومن وجه إذا كان، ولأن الحال: أي حال مال العبد فيما إذا كان عليه دين موقوف مراعى بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم المال في دينه وبين أن يبقى للمولى بسبب قضائه دينه، وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب وهو قول الأئمة الثلاثة. وقوله لما قلنا: يعني من أنه شهادة لنفسه من كل وجه أو من وجه. وفي المبسوط: وكذا لا تقبل شهادة أبي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء، وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه، وكان مقتضى القياس أن تقبل لأنها في الحقيقة شهادة لسيده لكن منعوه للفظ النص السبق «ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما»[2] بخلاف ما ليس من شركتهما

الشافعي تقبل **لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة)** أي يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متفرقة في ملك الآخر غير متعدية إليه، ولهذا يقتضي من أحدهما للآخر ويحبس بدينه، وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم وغيرهم. لا يقال: في قبول شهادة أحدهما للآخر نفع للشاهد لأن كل واحد مهما يعدّ نفع صاحبه نفع نفسه، لأن ذلك ليس بقصدي بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبراً. كربّ الدين إذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فإنها تقبل، وإن كان له فيه نفع لحصوله ضمناً **(ولنا ما روينا)** من حديث عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ قال: «لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته» **(ولأن الانتفاع متصل)** ولهذا لو وطىء جارية امرأته وقال ظننت أنها تحلّ لي لا يحدّ **(وهو)** أي الانتفاع **(هو المقصود)** من الأموال **(فيصير شاهداً لنفسه من وجه أو يصير متهماً)** في شهادته بجرّ النفع إلى نفسه وشهادة المتهم مردودة قوله: **(بخلاف شهادة الغريم)** جواب عما ذكره الشافعي. ووجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به إذ هو مال المديون ولا تصرّف له عليه، بخلاف الرجل فإنه لكونه قوّاماً عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة، لا يقال: الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذه، لأن الظفر أمر موهوم وحق الأخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان.

---

(١) ذكره القرطبي في تفسيره ٢٠/٩٩ في تفسير سورة الضحى من غير أن يعزوه لأحد. ولم أجده في الدر المنثور، ولا في ابن كثير. ومع ذلك، فهو داخل في العموم.

(٢) تقدم قبل قليل من حديث عائشة، وفيه يزيد الشامي ضعيف.

جهة إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى **(ولا لمكاتبه)** لما قلنا **(ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما)** لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة **(وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمه)** لانعدام التهمة لأن الأملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض.

حيث تقبل لانتفاء التهمة غير أن هذا لا يتحقق في الشريك المفاوض لأن كل شيء هو من شركتهما ولذا قالوا: لا تقبل إلا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق، لأن ما سوى هذه مشترك بينهما، وينبغي أن تزاد الشهادة بما كان من طعام أهل أحدهما أو كسوتهم لأنه لا شركة بينهما فيه قوله: **(وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمه)** قيل بلا خلاف، لكن قال شمس الأئمة في شرح أدب القاضي من السلف: من قال لا تقبل شهادة الأخ لأخيه، ولا شك في ضعف التهمة لأنه لا بسوطة وليس مظنة ملزومة للإلف، بل كثيراً ما يكون بينهم العداوة والبغضاء، وكل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وغيرهما كالأخ تقبل فيه الشهادة قوله: **(ولا تقبل شهادة المخنث، ومراده المخنث في الرديء من الأفعال)** وهو التشبه بالنساء تعمداً لذلك في تزيينه وتكسير أعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية. روى أبو داود بإسناده إلى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء»[1] يعني المتشبهات بالرجال، فكيف إذا تشبه بهن فيما هو أقبح من ذلك، فأما الذي في كلامه لين خلقه وفي أعضائه تكسر خلقه فهو عدل مقبول الشهادة قوله: **(ولا نائحة ولا مغنية)** هذا لفظ القدوري، فأطلق ثم قال بعد ذلك: ولا من يغني للناس، فورد أنه تكرار لعلم ذلك مما ذكر من قوله مغنية. والوجه أن اسم مغنية ومغن إنما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال. ألا ترى إذا قيل ما حرفته أو ما صناعته يقال مغن كما يقال خياط أو حداد، فاللفظ المذكور[2] هنا يراد به ذلك غير أنه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث

قال: **(ولا شهادة المولى لعبده الخ)** لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا، ولأن شهادته له شهادة لنفسه من وجه أو من كل وجه، لك لأنه لا يخلو إما أن يكون على العبد دين أو لا، فإن كان الأول فهي له من وجه لأن الحال موقوف مراعى بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه، وإن كان الثاني فهي له من كل

قوله: **(قيل هذا الخ)** أقول: أي قبول شهادة الشريك وهذا القيل لصاحب النهاية قوله: **(هذا إذا كانا شريكي عنان الخ)** أقول: فيه بحث، لأنه إذا كان ما عداها مشتركاً يدخل في عموم قوله فيما هو من شركتهما ويدخل الحدود والقصاص والنكاح في قوله ما ليس من شركتهما فيشمل كلام المصنف شركة المفاوضة أيضاً فلا وجه للإخراج فتأمل، إلا أن تخص بالأملاك بقرينة السياق، ثم إن قوله لأن ما عداها مشترك بينهما غير صحيح، فإنه لا يدخل في الشركة إلا الدارهم والدنانير، ولا يدخل فيه العقار ولا العروض، ولهذا قالوا: لو

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٨٨٥ و ٦٨٣٤ وأبو داود ٤٩٣٠ والترمذي ٢٧٨٤ و ٢٧٨٥ وأحمد ١/ ٢٢٥. ٢٢٧. ٢٣٧ كلهم من حديث ابن عباس قال: لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال.
ورواية لأحمد: ١/ ٣٣٩ بلفظ: لعن الله المتشبهين... الحديث.
ورواية للبخاري ٥٨٨٦: «لعن النبي ﷺ المخنثين من الرجال، والمترجلات من النساء».

(٢) ضعيف. يشير المصنف لما أخرجه الترمذي ١٠٠٥ من حديث جابر قال: «أخذ النبي ﷺ بيد عبد الرحمن بن عوف، فانطلق به إلى ابنه إبراهيم، فوجده يجود بنفسه، فأخذه النبي ﷺ، فوضعه في حجره، فبكى، فقال له ابن عوف: أتبكي؟ أو لم تكن نهيت عن البكاء؟ قال: لا. ولكني نهيت عن صوتين أحمقين فاجرين صوت عند مصيبة خمش وجوه، وشق جيوب، ورنّة شيطان».
هذا لفظ الترمذي وقال عقبه: وفي الحديث كلام أكثر من هذا. وهو حديث حسن اهـ ورواه البزار من حديث ابن عوف وفي رواية البزار: «صوت عند نغمة لهوٍ، ولعب ومن مزامير الشيطان، وصوت عند مصيبة لطم وجوه، وشق جيوب...» الحديث. وهو عنده من رواية عبد الرحمن بن عوف. وقال الهيثمي: فيه محمد بن أبي ليلى فيه كلام. اهـ المجمع ٣/ ١٧ قلت: مداره على ابن أبي ليلى فتارة جعله من مسند ابن عوف، وتارة من مسند جابر وقد ورد في الصحيح خبر وفاة إبراهيم، وليس فيه ذكر المغنية، ولا هذه الزيادة. قال الحافظ في التقريب عن ابن أبي ليلى: صدوق سيء الحفظ جداً اهـ.
فالخبر ضعيف كما ترى والله أعلم.

قال: **(ولا تقبل شهادة المخنث)** ومراده المخنث في الرديء من الأفعال لأنه فاسق، فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة **(ولا نائحه ولا مغنية)** لأنهما يرتكبان محرماً فإنه عليه الصلاة والسلام: «نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية» **(ولا مدمن الشرب على اللهو)** لأنه ارتكب محرم دينه. **(ولا من يلعب**

وهو قوله ﷺ: «لعن الله النائحات، لعن الله المغنيات»[1] ومعلوم أن ذلك لوصف التغني لا لوصف الأنوثة ولا للتغني مع الأنوثة، لأن الحكم المترتب على مشتق إنما يفيد أن وصف الاشتقاق هو العلة فقط لا مع زيادة أخرى. نعم هو من المرأة أفحش لرفع صوتها وهو حرام، ونصوا على أن التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف، ومثل هذا لفظ النائحة صار عرفاً لمن جعلت النياحة مكسبة، وحينئذ كأنه قال: لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها لا من لم يكن ذلك صناعته، ولذا علله في الكتاب بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة. وفي النهاية أن الغناء في حقهن مطلقاً حرام لرفع صوتهن وهو حرام فلذا أطلق في قوله مغنية، وقيد في غناء لرجال بقوله للناس. ولا يخفى أن قوله من يغني للناس لا يخص الرجال لأن من تطلق على المؤنث خاصة فضلاً عن الرجال والنساء معاً، وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير في قوله يغني بالياء من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لما عرف أنه يجوز في ضميرها مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ أولى وإن كان المعنى على التأنيث، فكيف إذا كان المعنى أعم من المؤنث والمذكر. فإن قلت: تعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضي أن التغني مطلقاً حرام وإن كان مفاده بالذات أن الاستماع كبيرة لأنهم إنما يجتمعون على الاستماع بالذات إلا أن كون الاستماع محرماً ليس إلا حرمة المسموع، وليس كذلك فإنه إذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل نفسه ليدفع عنه الوحشة لا يكره. وقيل ولا يكره إذا فعله ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان. وقيل ولا يكره لاستماع الناس إذا كان في العرس والوليمة، وإن كان فيه نوع لهو بالنص في العرس. فالجواب أن في التغني لإسماع نفسه ولدفع الوحشة خلافاً بين المشايخ. منهم من قال: لا يكره، إنما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجاً بما عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله. ومن المشايخ من كره جميع ذلك، وبه أخذ شيخ الإسلام، ويحمل حديث البراء بن

وجه لأن العبد وما يملك لمولاه **(ولا)** تقبل شهادة المولى **(لمكاتبه لما قلنا)** من كون الحال موقوفاً مراعى لأنه إن أدى بدل الكتابة صار أجنبياً، وإن لم يؤدّ عاد رقيقاً فكانت شهادة لنفسه **(ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما)** لأنه يصير شاهداً لنفسه في البعض وذلك باطل، وإذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة إذ هي شهادة واحدة **(ولو شهد بما ليس**

وهب لأحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لأن المساواة فيه ليست بشرط قال المصنف: **(«فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين» الخ)** أقول: أي صوت المغنية بتقدير المضاف أو يكون من قبيل «عيشة راضية» قوله: **(فإن وقع نفس الصوت منها حرام فضلاً عن ضم الغناء إليه ولهذا لم يقيد هاهنا)** أقول: فيه بحث لأن المراد بالمغنية التي أتخذت ذلك مكسباً فلا حاجة إلى التقييد، ولكون المراد هو ذلك علله الشارح بقوله لارتكابهما المحرم طمعاً في المال فما أسرع ما نسي، ثم ما ذكره جاز في النوح بعينه فما باله لم يكن مسقطاً للعدالة إذا ناحت في مصيبة نفسها فلا بد أن يكون المراد منهما في مسألة الزيادات من كان التغني مكسبه فليتأمل قوله: **(ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه)** أقول: فيه بحث، لأن الظاهر من تعليل المصنف بقوله لأنه ارتكب محرم دينه، وقوله ولا من يأتي باباً من الكبائر الخ أن مراده غير الخمر، وأما في الخمر فلا يشترط ما ذكر على ما اختاره الخصاف فتأمل فإن

---

(١) أخرجه أبو داود ٣١٢٨ وأحمد ٣/ ٦٥ كلاهما عن أبي سعيد مرفوعاً: لعن الله النائحة والمستمعة اهـ ورمز السيوطي في الجامع الصغير لصحته! مع أن فيه عطية العوفي واهٍ.
ورواه البزار والطبراني كما في المجمع ٣/ ١٣ وقال الهيثمي: فيه الصباح أبو عبد الله لم أجد من ذكره. وللطبراني من حديث ابن عمر وفيه الحسن بن عطية واهٍ اهـ. وعند الديلمي من حديث أشبه ٥٤٤٤ فبمجموعها يصير حسناً.
تنبيه: وعجز الحديث لم أره بعد.

بالطيور) لأنه يورث غفلة ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ: ولامن يلعب بالطنبور وهو المغني **(ولا من يغني للناس)** لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة.

مالك[1] أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ، فإن لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره. قال ﷺ: «من لم يتغن بالقرآن فليس منا»[2] وإنشاد المباح من الأشعار لا بأس به. ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسلة، بخلاف ما إذا كانت بعينها حية، وإذا كان كذلك فجاز أن يكون المصنف رحمه الله قائلاً بتعميم المنع كشيخ الإسلام رحمه الله، إلا أنا عرفنا من هذا أن التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعنية الحية وصف الخمر المهيج إليها والدويرات والحانات والهجاء لمسلم أو ذمي إذا أراد المتكلم هجاءه لا إذا أراد إنشاد الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحته وبلاغته. ويدل على أن وصف المرأة كذلك

من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة) قيل: هذا إذا كانا شريكي عنان. أما إذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه إلا في الحدود والقصاص والنكاح، لأن ما عداها مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه. قال: **(وتقبل شهادة الأخ لأخيه الخ)** تقبل شهادة الأخ لأخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الأقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الأملاك ومنافعها **(ولا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من عرف بالرديء من الأفعال)** أي التمكن من اللواطة **(فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية)** لارتكابهما المحرم طمعاً في المال. والدليل على الحرمة «نهى النبي ﷺ عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية» وصف الصوت بصفة صاحبه، والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسباً. والتغني للهو معصية في جميع الأديان. قال في الزيادات: إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصاً إذا كان الغناء من المرأة فإن نفس رفع الصوت منها حرام فضلاً عن ضم الغناء إليه، ولهذا لم يقيدها هنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل **(ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه)** والمراد به كل من أدمن على شرب شيء من الأشربة المحرمة خمراً كانت أو غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف. وشرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس، فإن المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وإن كان كبيرة **(ولا من يلعب بالطيور لأنه يورث غفلة لا يؤمن بها على الإقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة)** ثم هو مصرّ على نوع لعب **(ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطيير طيره)** وذلك فسق. فأما إذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة،

للكلام مجالاً واسعاً قوله: **(وهو مستغني عنه الخ)** أقول: فيه بحث لأن كثيراً من الناس يلعب بالطنبور ولا يغني قال ابن قداحة، المغني في الملاهي نوعان: محرم وهو الآلات المطربة من غير غناء كالمزمار سواء كان من عود أو قصب كالشبابة أو غيره كالطنبور والعود والمعزفة لما روى أبو أمامة أنه ﷺ قال: «إن الله تعالى بعثني رحمة للعالمين، وأمرني بمحق المعازف والمزامير لأنه مطرق مصد عن ذكر الله تعالى». والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح، وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره.قوله: **(وإنما لم تكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية الخ)** أقول: لانفهام حكم الرجال تبعاً على عكس ما هو الأصل، وفيه بحث قوله: **(لأنها كانت على الإصلاق)** أقول: فيه بحث قوله: **(واختاره المصنف وعلل بأنه يجمع الناس الخ)** أقول: فيه بحث، فإن ذلك التعليل يدل على اختيار المصنف ما اختاره شيخ الإسلام فإن اجتماعهم للاستماع، وإن يكون الاستماع كذلك وذلك بكون المسموع كبيرة.

---

(١) قوله يحمل حديث البراء الخ. نقله المصنف عن العناية في شرح الهداية حيث قال: وأصل ذلك ما روي عن أنس أنه دخل على أخيه البراء بن مالك، وهو يتغنى، وكان من زهاد الصحابة ا هـ. فالمتبادر بقوله: حديث النجم أنه مرفوع، وليس كذلك كما رأيت، وإنما هو موقوف.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ١٤٦٩ و ١٤٧٠ والدارمي ٢/ ٤٧١ والحميدي ٧٦ وابن أبي شيبة ٢/ ٥٢٢ و ١٠/ ٤٦٤ وأحمد ١/ ١٧٥. ١٧٩. ١٧٢ وابن حبان ١٢٠ والطحاوي في المشكل ٢/ ١٢٧. ١٢٨ وأبو يعلى ٦٨٩ والحاكم ١/ ٥٦٩ كلهم من حديث سعد بن أبي وقاص: ليس منا من لم يتغنّ بالقرآن ا هـ وقال ابن حبان معناه: ليس مثلنا. وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي وهو عند أبي يعلى بأتم منه، وفيه: «فمن لم يتغنّ بالقرآن، فليس منا» وكذا عند ابن ماجه ١٣٣٧ والبيهقي ١٠/ ٢٣١ وورد من حديث أبي هريرة أخرجه البخاري ٧٥٢٧: «ليس منا من لم يتغنّ بالقرآن».

وورد من حديث ابن عباس عند الحاكم ١/ ٥٧٠ فهذا حديث مشهور. والله أعلم.

غير مانع ما سلف في كتاب الحج من إنشاد أبي هريرة رضي الله عنه وهو محرم:

قامت تريك رهبة أن تهضما ساقا بخنداة وكعباً أدرما

وإنشاد ابن عباس رضي الله عنهما:

إن يصدق الطير ننك لميسا

لأن المرأة فيهما ليست معينة، فلولا أن إنشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقله الصحابة، ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي ﷺ:

وما سعاد غداة البين إذ رحلوا إلا أغن غضيض الطرف مكحول

تجلو عوارض ذي ظلم إذا ابتسمت كأنه منهل بالراح معلول

وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه النبي ﷺ منه ولم ينكره في قصيدته التي أولها:

تبلت فؤادك في المنام خريدة تسقي الضجيع ببارد بسام

فأما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والأزهار والمياه المطربة كقول ابن المعتز:

سقاها بغابات خليج كأنه إذا صافحته راحة الريح مبرد

يعني سقى تلك الرياض، وقوله:

وترى الريح إذا مسحن غديره صقلنه ونفين كل قذاة

ما إن يزال عليه ظبي كارعاً كتطلع الحسناء في المرآة

فلا وجه لمنعه على هذا. نعم إذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وإن كان مواعظ وحكماً للآلات نفسها لا لذلك التغني والله أعلم. وفي المغني: الرجل الصالح إذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته.

وفي مغنى ابن قدامة: الملاهي نوعان: محرم وهو الآلات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه، لما روى أبو أمامة أنه عليه الصلاة والسلام قال: «إن الله تعالى بعثني رحمة للعالمين، وأمرني بمحق المعازف والمزامير»[1] والنوع الثاني مباح وهو الدفّ في النكاح، وفي معناه ما كان من حادث سرور. ويكره غيره لما عن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا سمع صوت الدفّ بعث ينظر، فإن كان في وليمة سكت، وإن كان في غيره عمد بالدرة. وفي الأجناس سئل محمد بن شجاع عن الذي يترنم مع نفسه، قال: لا يقدح في شهادته. وأما القراءة بالألحان فأباحها قوم وحظرها قوم. والمختار إن كانت الألحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذواتها فمباح، وإلا فغير مباح، كذا ذكر. وقد قدمنا في باب الأذان ما يفيد أن التلحين لا يكون إلا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل. ونقلنا هناك عن الإمام أحمد رحمه الله أنه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد أجاب بالمنع: ما اسمك؟ قال محمد، فقال: أيعجبك أن يقال لك يا موحامد؟ هذا وأما النائحة فظاهر أنها أيضاً في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة، فأما إذا ناحت لنفسها فصرح في الذخيرة قال: لم يرد النائحة التي تنوح في مصيبتها بل التي

---

(١) حسن. أخرجه أحمد ٥/٢٥٧ من حديث أبي أمامة، وفي إسناده علي بن زيد عن القاسم، والقاسم غير قوي، وعلي بن زيد ضعيف.
وقال العراقي في الإحياء ٢/٢٧٢: ورواه أحمد من حديث قيس بن سعد بن عبادة بنحوه وكلاهما ضعيف اهـ وله طرق أخرى فالحديث بمجموعها يرقى إلى الحسن.

. . . .

تنوح في مصيبة غيرها، اتخذت ذلك مكسبة لأنها ارتكبت معصية وهي الغناء لأجل المال فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لأجل ذلك وهو أيسر عليها من الغناء والنوح في مدة طويلة، ولم يتعقب هذا أحد من المشايخ فيما علمت، لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أو لا. قال ﷺ: «لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة»[1] وقال عليه الصلاة والسلام: «ليس منا من ضرب الحدود وشقّ الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية»[2] وهما في صحيح البخاري، ولا شك أن النياحة ولو في مصيبة نفسها معصية، لكن الكلام في أن القاضي لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج إلى الشهرة ليصل إلى القاضي فإنما قيد بكونها للناس لهذا المعنى، وإلا فهو يرد عليه مثله في قوله: ولا مدمن الشرب على اللهو، يريد شرب الأشربة المحرّمة خمراً أو غيره. ولفظ محمد رحمه الله في الأصل: ولا شهادة مدمن خمر، ولا شهادة مدمن السكر. يريد من الأشربة المحرمة التي ليست خمراً، فقال هذا الشارح يشترط الإدمان في الخمر، وهذه الأشربة: يعني الأشربة المحرّمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كبيرة بلا قيد الإدمان، ولهذا لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الإدمان، لكن نص عليه في الأصل كما سمعت فما هو جوابه؟ هو الجواب في تقييد المشايخ بكون النياحة للناس، ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيه اشتراط الإدمان أنه إنما شرط ليظهر عند الناس، فإن من شربها سرّاً لا تسقط عدالته ولم يتنفس فيه بكلمة واحدة. فكذا التي ناحت في بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس، وانظر إلى تعليل المصنف رحمه الله بعد ذكر الإدمان بأنه ارتكب محرم دينه مع أن ذلك ثابت بلا إدمان، فإنما أراد أنه إذا أدمن حينئذ يظهر أنه مرتكب محرم دينه فترد شهادته، بخلاف التي استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ فتكون كالذي يسكر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان في ردّ شهادته، وصرح بأن الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته. ومنهم من فسر الإدمان بنيته وهو أن يشرب ومن بنيته أن يشرب مرة أخرى، وهذا هو معنى الإصرار، وأنت تعلم أنه سيذكر ردّ شهادة من يأتي باباً من أبواب الكبائر التي يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غيره توقف على نية أن يشرب، ولأن النية أمر مبطن لا يظهر للناس، والمداراة التي يتعلق بوجودها حكم القاضي لا بد أن تكون ظاهرة لا خفية لأنها معرفة والخفي لا يعرف والظهور بالإدمان الظاهر. نعم بالإدمان الظاهر يعرف إصراره، لكن بطلان العدالة لا يتوقف في الكبائر على الإصرار، بل أن يأتيها ويعلم ذلك، وإنما ذلك في الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك. وأما من يلعب بالطيور فلأنه يورث غفلة، وهذا كأنه بالخاصية المعروفة بالاستقراء. ونرد شهادة المغفل لعدم الأمن من زيادته ونقصه، ولأنه يقف على عورات النساء لصعود سطحه ليطير طيره، وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقاً إلا أن يراد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فإن الداعية إلى الشيء كالحرب في اقتضاء المواظبة عليه كما في

. . . .

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٠٤ والنسائي ٤/ ٢٠ وأحمد ٤/ ٣٩٦ ـ ٤٠٤ ـ ٤١٦ وابن حبان ٣١٥١ كلهم من حديث أبي موسى: «أن رسول الله ﷺ قال: أنا بريء ممن حلق، وسلق، وخرق».
هذا لفظ مسلم في رواية ورواية عن أبي بردة قال: وَجِعَ أبو موسى وجعاً فَغُشِيَ عليه، ورأسه في حجر امرأة من أهله، فصاحت امرأة من أهله، فلم يستطع أن يردّ عليها شيئاً، فلما أفاق قال: أنا بريء مما بريء منه رسول الله ﷺ، فإن رسول الله ﷺ بريء من الصالقة، والحالقة، والشاقّة».
قال النووي في شرح مسلم: فالصالقة وقعت في الأصول بالصاد، وبالسين وهما صحيحان، وهما لغتان، وهي التي ترفع صوتها عند المصيبة، والحالقة، وهي التي تحلق رأسها عند المصيبة، والشاقة، وهي التي تشق ثوبها عند المصيبة. هذا هو المشهور. وحكىٰ عياض عن ابن الأعرابي: «أن الصلق ضرب الوجه» اهـ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٩٤ و ٣٥١٩ و ٢١٩٧ و ١٢٩٨ ومسلم ١٠٣ والترمذي ٩٩٩ والنسائي ٤/ ٢٠ وابن ماجه ١٥٨٤ وابن الجارود ٥١٦ وابن حبان ٣١٤٩ وأحمد ١/ ٤٣٢. ٤٥٦. ٤٦٥ والبغوي ١٥٣٣ والبيهقي ٤/ ٦٣. ٦٤ من طرق كلهم من حديث ابن مسعود بهذا اللفظ.

(ولا من يأتي باباً من الكبائر التي يتعلق بها الحد) للفسق. قال: **(ولا من يدخل الحمام من غير مئزر)** لأن كشف العورة حرام **(أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج)**. لأن كل ذلك من الكبائر، وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما، فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة، لأن للاجتهاد فيه مساغاً. وشرط في

لعب الشطرنج، فإنه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى أنهم ربما يستمرون النهار والليل لا يسألون عن أكل ولا شرب، وهذا من أظهر وجه على أنه من دواعي الشيطان. والأوجه أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماعاً مع أناس أراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة. هذا وفي تفسير الكبائر كلام، فقيل: هي السبع التي ذكرت في الحديث، وهي الإشراك بالله، والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حق، وبهت المؤمن، والزنا، وشرب الخمر، وزاد بعضهم: أكل الربا، وأكل مال اليتيم. وفي البخاري عنه عليه الصلاة والسلام: «اجتنبوا السبع الموبقات. قالوا: يا رسول الله وما هن؟ فذكرها وفيها السحر، وأكل الربا وأكل مال اليتيم»[1] وفيه عنه عليه الصلاة والسلام: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال الشرك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، وكان متكئاً فجلس فقال: ألا وقول الزور وشهادة الزور، فما زال يكررها»[2] الحديث. وقد عُدّ أيضاً منها السرقة، وورد في الحديث: «من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى باباً من أبواب الكبائر»[3] وقيل الكبيرة ما فيه حدّ، وقيل ما ثبتت حرمته بنص القرآن، وقيل ما كان حراماً لعينه. ونقل عن خواهر زاده أنها ما كان حراماً مخصاً مسمى في الشرع فاحشة كاللواطة أو لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع، أما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق، أو الوعيد بالنار في الآخرة كأكل مال اليتيم، ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد ما ثبت بنص قاطع، إلا إذا داوم على ذلك فإن العدالة تزول بالإصرار على الصغائر فهذا أولى، وهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر، في نفس الحديث، وذكره الأصحاب. وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال: وأصحابنا لم يأخذوا

إلا إذا خرجت من البيت فإنها تأتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلاً للحرام. وفي بعض النسخ: ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغني عنه بقوله ولا من يغني للناس فإنه أعم من أن يكون معه آلة لهو أو لا، وإنما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لأنها كانت على الإطلاق، وهذا مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناؤه لنفسه لإزالة وحشته لا بأس به عند عامة المشايخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي، واختاره المصنف، وعلل بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة. وأصل ذلك ما روي عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم. ومن المشايخ من كره جميع ذلك، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده، وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد ينطلق على ذلك. قال: **(ولا من يأتي باباً من الكبائر الخ)** من أتى بشيء من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته، وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٦٦ و ٢٧٦٤ و ٦٨٥٧ ومسلم ٨٩ وأبو داود ٢٨٧٤ والنسائي ٦/ ٢٥٧ وابن حبان ٥٥٦١ والطحاوي في المشكل ١/ ٣٨٢ وأبو عوانة ١/ ٥٥ والبغوي ٤٥ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة قال: «قال رسول الله ﷺ: اجتنبوا السبع الموبقات قالوا: يا رسول الله، وما هُنّ؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولّي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات».

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٥٤ و ٥٩٧٦ و ٦٢٧٣ و ٦٢٧٤ و ٦٩١٩ ومسلم ٨٧ والترمذي ٢٣٠٢ وأحمد ٥/ ٣٦-٣٨ من طرق كلهم من حديث أبي بكرة.

تنبيه: وقد ورد أحاديث في غير الصحيحين فيها زيادة في الكبائر على ما في الصحيحين فقد جاء في الفتح ١٢/ ١٨٢ ذكر هذه الزيادات، فارجع إليها إن شئت، والله الموفق.

(٣) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٨٨ وأبو يعلى ٢٧٥١ والحاكم ١/ ٢٧٥ وأبو يعلى ٢٧٥١ والبيهقي ٣/ ١٦٩ كلهم من حديث ابن عباس، وصححه الحاكم، وقال: حنش ثقة! ورده الذهبي بقوله: بل ضعفوه وكذا قال الترمذي: حنش هو حسين بن قيس. ضعيف عند أهل الحديث ضعفه أحمد، وغيره. وتقدم تخريجه في الصلاة.

الأصل أن يكون آكل الربا مشهوراً به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا.

بذلك، وإنما بنوا على ثلاثة معان: أحدها ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى. والثاني أن يكون فيه منابذة للمروءة والكرم، وكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة. والثالث أن يصرّ على المعاصي والفجور. ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضاً. وما في الفتاوى الصغرى: العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته. وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن، ونقله عن أدب القاضي لعصام وعليه المعوّل، غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور، فلذا شرط في شرب الخمر والسكر الإدمان، والله سبحانه وتعالى أعلم. ولا تقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة على الشرب وإن لم يشرب، لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف يسقط عدالته. وفي الذخيرة والمحيط: وكذا الإعانة على المعاصي، والحث عليها من جملة الكبائر قوله: **(ولا من يدخل الحمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام)** وفي الذخيرة إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك، وأما ما ذكر الكرخي أن من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لأنه يخل بالمروءة قوله: **(أو يأكل الربا، إلى قوله: ولا من يفعل الأفعال المستحقرة)** أما أكل الربا فكثير أطلقوه، وقيده في الأصل بأن يكون مشهوراً به فقيل لأن مطلقه لو اعتبر مانعاً لم يقبل شاهد لأن العقود الفاسدة كلها في معنى الربا وقلّ من يباشر عقود البياعات ويسلم دائماً منه. وقيل لأن الربا ليس بحرام محض لأنه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان عاصياً مع ذلك فكان ناقصاً في كونه كبيرة، والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلاً على إمكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لا بد من كونه كذلك، بخلاف أكل مال اليتيم حيث تردّ شهادته بمرة. وقيل لأنه إذا لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به، وهذا أقرب ومرجعه إلى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان. وأما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه، والدالّ على تجويز شهادة الزور منه يكفي كونه مرتكباً محظور دينه؛ ألا ترى إلى ما قال أبو يوسف إذا كان الفاسق وجيهاً تقبل شهادته لبعد أن يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لأنه مخالف لنص الكتاب، قوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ [الحجرات: ٦] وأما الأول فالربا لم يختص بعقد على الأموال الربوية فيه تفاضل أو نسيئة، بل أكثر ما كانوا عليه، ونزلت آية الربا بسبب إقراضهم المقدار كالمائة وغيره بأكثر منه أو إلى أجل، فإن لم يقضه فيه أربى عليه فتزيد الكمية، وهذا هو المتداول في غالب الأزمان لا بيع درهم بدرهمين فربما لا يتفق ذلك أصلاً أو إلا قليلاً. وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونصوا أنه بمرة، وأنت تعلم أنه لا بد من الظهور للقاضي، لأن الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكأنه بمرة يظهر لأنه يحاسب فيعلم أنه استنقص من المال. والحاصل أن الفسق في نفس الأمر مانع شرعاً، غير أن القاضي لا يرتب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك ولذا نقول: إذا علم أنه يلعب بالنرد ردّ شهادته سواء قامر به أو لم يقامر، لما في حديث أبي داود:

حد أو قتل. وقال أهل الحجاز وأهل الحديث: هي السبع التي ذكرها رسول الله ﷺ في الحديث المعروف وهي: الإشراك بالله، والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حق، وبهت المؤمن، والزنا، وشرب الخمر. وقال بعضهم: ما كان حراماً لعينه فهو كبيرة **(ولا من يدخل الحمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لأنه كبيرة، ولا من يلعب بالنرد أو الشطرنج)** إذا انضم إليه أحد أمور ثلاثة: القمار، أو تفويت الصلاة بالاشتغال به أو إكثار الأيمان الكاذبة لأن هذه الأشياء من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة لأن الغالب فيه الأولان، ولم يفرّق بين النرد والشطرنج في شرط أحد الأمرين. وفرق في الذخيرة، وجعل اللعب بالنرد مسقطاً للعدالة مجرداً لقوله عليه الصلاة والسلام: «ملعون من لعب بالنرد» والملعون لا يكون عدلاً، ويجوز أن يكون إفراد قوله فأما مجرّد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة إشارة إلى ذلك قوله: **(لأن للاجتهاد فيه مساغاً)** قيل: لأن مالكاً والشافعي يقولان بحلّ اللعب بالشطرنج، وشرط أن يكون آكل الربا

قال: **(ولا من يفعل الأفعال المستحقرة كالبول على الطريق والأكل على الطريق)** لأنه تارك للمروءة، وإذا كان

«من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله»[١] ولعب الطاب في بلادنا مثله لأنه يرمي ويطرح بلا حساب وإعمال فكر، وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أو لا. فأما الشطرنج فقد اختلف في إباحته، فعندنا لا يجوز، وكذا عند الإمام أحمد لما رويناه، فإنه قد قيل: إن النردشير[٢] هو الشطرنج، ولما سيأتي في باب الكراهة إن شاء الله تعالى مع قوله عليه الصلاة والسلام: «كل لهو المؤمن باطل إلا ثلاثة: تأديبه لفرسه، ومناضلته عن قوسه، وملاعبته من أهله» ورواه أبو داود عن عقبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام: «ليس من اللهو إلا ثلاث: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته أهله، ورميه بقوسه ونبله»[٣] وعند الشافعي ومالك: يباح مع الكراهة إن تجرد عن الحلف كاذباً والكذب عليه وتأخير صلاة عن وقتها والمقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه متجرداً مساغ لم تسقط العدالة به. وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلإتيانه الأمور المحقرة ولا تقبل شهادة أهل الشعبذة وهو الذي يسمى في ديارنا دكاكاً لأنه إما ساحر أو كذاب: أعني الذي يأكل منها ويتخذها مكسبة، فأما من علمها ولم يعملها فلا، وصاحب السيميا على هذا قوله: **(ولا من يفعل الأفعال المستحقرة)** وفي بعض النسخ المستقبحة، وفي بعضها المستخفة وإن لم تكن في نفسها محرمة. والمستخفة بفتح الخاء وكسرها: أي التي يستخف الناس فاعلها، أو الخصلة التي تستخف الفاعل فيبدو منه ما لا يليق، وعلى هذا المعنى قوله تعالى: ﴿ولا يستخفنك الذين لا يوقنون﴾ [الروم: ٦٠] وذلك **(كالأكل على قارعة الطريق)** يعني بمرأى الناس، والبول عليها، ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضور، وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة

مشهوراً به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا، فلو ردّت شهادته إذا ابتلى به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالباً، وهذا بخلاف أكل مال اليتيم فإنه يسقط العدالة. وإن لم يشتهر به لعدم عموم البلوى **(ولا من يفعل الأفعال المستحقرة)** وفي نسخة المحتقرة، وفي أخرى المستقبحة، وفي أخرى المستخفة، وفي أخرى المسخفة كلها على اسم

قوله: **(فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق)** أقول: قال الكاكي في معراج الدراية: واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالإجماع إذا كان مدمناً عليه أو يقامر أو تفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف بالكذب والباطل اهـ. ففي قول الأكمل: إذا انضم إليه أحد أمور ثلاثة بحث.

---

(١) جيد. أخرجه البخاري في الأدب المفرد ١٢٦٩ و ١٢٧٢ وأبو داود ٤٩٣٨ وابن ماجه ٣٧٦٢ ومالك ٢/ ٩٥٨ ح ٦ والحاكم ١/ ٥٠ والبيهقي ١٠/ ٥١٤، ٥١٥ وأحمد ٤/ ٣٩٤، ٣٩٧، ٤٠٠ من طرق عن سعيد بن أبي هند عن أبي موسى مرفوعاً. وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وفيه إرسال حيث قال ابن أبي حاتم في مراسيله ١١٨. قال أبي لم يلق سعيدُ بن أبي هند أبا موسى ا هـ. لكن له شاهد فقد أخرجه مسلم ٢٢٦٠ وأبو داود ٤٩٣٩ وابن ماجه ٣٧٦٣ وأحمد ٥/ ٣٥٢، ٣٦١ كلهم من حديث بريدة مرفوعاً: «من لعب بالنردشير، فكأنما غمس يده في لحم خنزير، ودمه».

فائدة: قال الذهبي في كتابه الكبائر عند حديث ١٩٨: وقد أجمع المسلمون على تحريم اللعب بالنرد، ويكفي على تحريم النرد هذا الحديث ا هـ.

فائدة: جاء في شرح مسلم للنووي ١٥/ ١٥ ما ملخصه: قال العلماء: النردشير هو النرد، فالنرد عجمي معرّب وشير معناه: حلو. وهذا الحديث حجة للشافعي، والجمهور في تحريم اللعب بالنرد.

وأما الشطرنج فمذهبنا أنه مكروه ليس بحرام، وهو مروي عن جماعة من التابعين. وقال مالك، وأحمد: حرام. قال مالك: هو شر من النرد، وألهى عن الخير وقاسوه على النرد. وأصحابنا يمنعون القياس ويقولون: هو دونه. ومعنى صبغ يده... الخ. في حال أكله منهما، وهو تشبيه لتحريمه بتحريم أكلهما.

(٢) هذا القول ضعيف، والنرد غير الشطرنج كما تقدم في كلام النووي.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٢٥١٣ والترمذي بإثر حديث ١٦٣٧ وابن ماجه ٢٨١١ وأحمد ٤/ ١٤٨ والنسائي ٦/ ٢٨ من طرق كلهم من حديث عقبة بن عامر. وأخرجه الترمذي عن عبد الله بن عبد الرحمن برقم ١٦٣٧ وفيه إرسال وأخرجه الحاكم ٢/ ٩٥ من حديث أبي هريرة وصححه على شرط مسلم ورده الذهبي بقوله: فيه سويد بن عبد العزيز. متروك ا هـ وحديث الباب حسنه الترمذي وصححه.

لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم **(ولا تقبل شهادة من يظهر سبّ السلف)** لظهور فسقه بخلاف من

وبعض من لا يستحي من الطلبة، والمشي بسراويل فقط، ومدّ رجله عند الناس، وكشف رأسه في موضع يعدّ فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء، لأن من يكون كذلك لا يبعد منه أن يشهد بالزور. وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام: «إن مما أدرك الناس من كلام النبوّة الأولى إذا لم تستحِ فاصنع ما شئت»[1] وعن الكرخي: لو أن شيخاً صارع الأحداث في الجامع لم تقبل شهادته لأنه سخف. وأما أهل الصناعات الدنيئة كالكساح وهو الذي يسمى في عرف ديار مصر قنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل، وبه قال الشافعي وأحمد، ووجه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم، ورأيت أكثر مخلف للوعد السمكري. والأصح تقبل لأنها قد تولاها قوم صالحون، فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة، ومثله النخاسون والدلالون فإنهم يكذبون كثيراً زيادة على غيرهم مع خلفهم فلا يقبل إلا من علم عدالته منهم. وقيل لا تقبل شهادة بائع الأكفان. قال شمس الأئمة: هذا إذا ترصد لذلك العمل، فأما إذا كان يبيع الثياب ويشتري منه الأكفان فتقبل لعدم تمنيه الموت للناس والطاعون. وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لأنهم يكتبون هذا ما اشترى فلان أو باع أو أجر وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذباً، ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة. والصحيح تقبل إذا كان غالب أحوالهم الصلاح، فإنهم غالباً إنما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلاً له منزلة الواقع ليستغنوا عن الكتابة إذا صدر المعنى بعدها. وردّ بعض العلماء شهادة القروي والأعرابي، وعامة العلماء تقبل إلا بمانع غيره. ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف. وفي الحديث: «ويل للذي يحدّث ويكذب كي يضحك منه الناس، ويل له ويل له»[2] وقال نصير بن يحيى: من يشتم أهله ومماليكه كثيراً في كل ساعة لا تقبل وإن كان أحياناً تقبل، وكذا الشتام للحيوان كدابته، وأما في ديارنا فكثيراً يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يد من باعك، ولا من يحلف في كلامه كثيراً ونحوه. وحكى أن الفضل بن الربيع شهد عن أبي يوسف فردّ شهادته فشكاه إلى الخليفة، فقال الخليفة: إن

المفعول سوى المسخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة إلى السخف: رقة العقل، من قولهم ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل، وصحح صاحب المغرب هذه الأخيرة **(كالبول والأكل على الطريق لأن فيه ترك المروءة، وإذا كان لا يستحيي من مثل ذلك)** فالظاهر أنه **(لا يمتنع عن الكذب)** فكان متهماً.

قوله: **(سوى المسخفة الخ)** أقول: أي الأفعال التي تكون سبباً لنسبة صاحبها إلى السخف ورقة العقل. ثم أقول: يمكن أن يكون المسخفة بالتخفيف على وزن المفعول كالمسندة بفتح النون من السخف والسن حينئذ تكون أصلية، وأما المستخفة بالتشديد عى صيغة المفعول كالمستقرة بفتح القاف فالسين فيها زائدة قال المصنف: **(وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب)** أقول: قال العلامة الكاكي: وفي المحيط لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين لأنهم يكذبون كثيراً، فأما من كان عدلاً منهم تقبل شهادتهم اهـ. وفيه لا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقص والمسخرة بلا خلاف. وفي مناقب أبي حنيفة رحمه الله: لا تقبل شهادة البخيل. وقال مالك: إن أفرط البخل لا تقبل. قال الزيلعي: وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل، فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والأقارب اهـ.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٤٨٣ و ٣٤٨٤ وفي الأدب المفرد ٥٩٧ و ١٣١٦ وأبو داود ٤٧٩٧ والطيالسي ٦٢١ وأحمد ٤/ ١٢١. ١٢٢ و ٥/ ٢٧٣ وابن حبان ٦٠٧ وابن ماجه ٤١٨٣ وعبد الرزاق ٢٠١٤٩ وأبو نعيم في الحلية ٨/ ١٢٤ والبيهقي ١٠/ ١٩٢ والبغوي ٣٥٩٧ كلهم من حديث أبي مسعود البدري وفي الباب من حديث حذيفة. أخرجه أحمد ٥/ ٣٨٣. ٤٠٥ وأبو نعيم في الحلية ٤/ ٣٧١ والخطيب في تاريخ بغداد ١٢/ ١٣٥. ١٣٦.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ٢٣١٥ والحاكم ١/ ٤٦ والديلمي ٧١٥٠ وأحمد ٥/ ٣. ٥. ٧ كلهم من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، وهو معاوية بن حيدة. وقال الترمذي: حديث حسن. وهو كما قال الترمذي للاختلاف المعروف في سلسله بهز بن حكيم عن أبيه عن جده والجمهور أنها من نوع الحسن. والإسناد إلى بهز قوي جاء من عدة طرق.

يكتمه **(وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية)** وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل لأنه أغلظ وجوه الفسق. ولنا أنه

وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته؟ قال: لأني سمعته يوماً قال للخليفة: أنا عبدك، فإن كان صادقاً فلا شهادة للعبد، وإن كان كاذباً فكذلك، فعذره الخليفة. والذي عندي أن ردّ أبي يوسف شهادته ليس لكذبه، لأن قول الحرّ لغيره أنا عبدك مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك، وكوني تحت أمرك ممتثلاً له على إهانة نفسي في ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع، ووجه الشبه ليس كذباً محظوراً شرعاً ولذا وقع المجاز في القرآن، ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من إذلال نفسه وتملقه لأجل الدنيا فربما يعز هذا الكلام إذا قيل للخليفة فعدل إلى الاعتذار بأمر يقرب من خاطره. والحاصل فيه أن ترك المروءة مسقط للعدالة. وقيل في تعريف المروءة أن لا يأتي الإنسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل. وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنيء. والسخف: رقة العقل من قولهم ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل. وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل. وقال مالك: إن أفرط لأنه يؤديه إلى منع الحقوق قوله: **(ولا من يظهر سبّ السلف)** كالصحابة والتابعين، ومنهم أبو حنيفة رحمه الله، وكذا العلماء. ونص أبو يوسف على عدم قبوله، قال: لأنه إذا أظهر سبّ واحد من المسلمين تسقط عدالته، فإذا أظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولاً، وقيد بالإظهار لأنه لو اعتقده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته، ولذا قال أبو يوسف من رواية ابن سماعة: لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله ﷺ، وأقبل شهادة من يتبرأ منهم، لأن إظهار الشتيمة مجونة وسفه ولا يأتي به إلا الأوضاع والأسقاط، وشهادة السخيف لا تقبل، ولا كذلك المتبرىء لأنه يعتقده ديناً مرضياً عند الله وإن كان على باطل. فالحاصل أنه من أهل الأهواء وشهادة أهل الأهواء جائزة قوله: **(وتقبل شهادة أهل الأهواء)** كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة، إلا الخطابية وهم طائفة من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهواهم بل لتهمة الكذب، لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم، وهو الذي ذكره المصنف، فمنع قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للأمر الأول. وما نقله المصنف عن الشافعي هو قول مالك وأبي حامد من الشافعية. وأما قول الشافعي فكقولنا بلا اختلاف. وجه قول مالك ما ذكر أن البدعة في الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب ردّ شهادته بالآية. ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى أنه ربما يكفر به كالخوارج فهو أبعد من التهمة به. وأما الآية فإنها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الإسلام، فكان المراد منها الفسق الفعلي، ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج إذا اعتقدوا ولم يقاتلوا، فإذا قاتلوا ردت شهادتهم لإظهار الفسق بالفعل. والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول رواياتهم للحديث. وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتماده الغلوّ في الصحة مع أن قبول الرواية أيضاً مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمعنى، وهو أن رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم. والخطابية نسبة إلى أبي الخطاب وهو محمد بن أبي وهب الأجدع، وقيل محمد ابن أبي زينب الأسدي الأجدع. وخرج أبو الخطاب بالكوفة وحارب عيسٰى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس

(ولا تقبل شهادة من يظهر سبّ السلف) وهم الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة **(لظهور فسقه)** وقيد بالإظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل. روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: لا أقبل شهادة من سبّ أصحاب رسول الله ﷺ، وأقبل شهادة من يبرأ منهم. وفرّقوا بأن إظهار سبه لا يأتي به إلا الأسقاط السخفة، وشهادة السخيف لا تقبل، ولا كذلك المتبرىء لأنه يعتقد ديناً وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه **(وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية)** منهم، والهوى ميلان النفس إلى ما يستلذّ به من الشهوات، وإنما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض، فإن أصول الأهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل، ثم كل واحد منهم يفترق اثنتي عشرة فرقة.

فسق من حيث الاعتقاد وأما أوقعه فيه إلا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً لذلك، بخلاف الفسق من حيث التعاطي. أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم. وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم.

قال: (**وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم**).

وأظهر الدعوة إلى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكنائس قوله: **(وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض)** قيد بها لتخرج شهادتهم على المسلم ويدخل في اللفظ شهادة أهل ملة منهم على أهل ملة أخرى وقد نص عليه بقوله وإن اختلفت مللهم احترز به عن قول ابن أبي ليلى وأبي عبيد إنها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه **(وقال مالك والشافعي رحمهما الله: لا تقبل أصلاً لأنه فاسق، قال تعالى: ﴿والكافرون هم الظالمون﴾)** ووقع في كثير من نسخ الهداية: والكافرون هم الفاسقون. وفي النهاية النسخة المصححة بتصحيح بخط شيخي قال تعالى للكافرين: هم الفاسقون إذ الذي في القرآن: ﴿والكافرون هم الظالمون﴾ **(فيجب التوقف في خبره، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتدّ)** بذلك الجامع، ولقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] وقال: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] والكافر ليس ذا عدل ولا مرضياً ولا منا، ولأنا لو قبلنا شهادتهم لأوجبنا القضاء على القاضي بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شيء بقولهم. قال المصنف: **(ولنا ما روي: «أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض»)** قال الإمام: المخرج غريب[1]. وغير مطابق للمدعي، وهو أن شهادة بعضهم على بعض جائزة وإن اختلفت مللهم، ولو قال أهل الكتاب عوض النصارى وافق، وهكذا أخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله: «أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض»[2] ومجالد فيه مقال. ثم قال شيخنا علاء الدين: ويوجد في

وقال الشافعي رحمه الله: **(لا تقبل شهادتهم لأنه أغلظ وجوه الفسق)** إذ الفسق الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي **(ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد)** وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين، والمانع من القبول ترك ما يكون ديناً فصار كحنفي شرب المثلث أو شافعي أكل متروك التسمية عامداً معتقداً إباحة فإنه لا يصير به مردود الشهادة. والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة عيسى بن موسى وصلبه بالكنائس لأنه كان يزعم أن علياً الإله الأكبر وجعفراً

قال المصنف: **(وقال الشافعي: لا تقبل لأنه أغلظ من وجوه الفسق)** أقول: عدم قبول شهادة أهل الأهواء مذهب مالك وأبي حامد من الشافعية، وأما قول الشافعي فقولنا بلا اختلاف.

قوله: **(فإنه معطوف على قوله: ﴿ما لكم من ولايته من شيء﴾ الآية)** أقول: هذه الآية في سورة الأنفال قوله: **(فالعطف قرينة يراعى به تناسب المعاني)** أقول: وللخصم أن يقول: القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم، وقد ورد نص على عدم القبول فليتأمل. ثم لو صح ما ذكر لجاز شهادة المستأمن على الذمي وشهادة مستأمن دار على مستأمن أخرى قال المصنف: **(قال الله تعالى: ﴿والكافرون هم الفاسقون﴾)** أقول: هذا معنى القرآن لأن القرآن والكافرون هم الظالمون قوله: **(أجاز شهادة النصراني)** أقول: الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصارى قوله: **(ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ)** أقول: قال في النهاية: المسلم إذا خطب إلى كتابي ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح قوله: **(فله أهلية الشهادة)** أقول: لأن الشهادة من باب الولاية قوله: **(فالجواب أن القياس في الذمي الخ)** أقول: وفيه بحث، فإن الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية للذمي على المسلم فكيف يكون القياس في الذمي كذلك، ثم لو نقض بشهادة المستأمنين المختلفين دار حيث لا تقبل مع أنهم من أهل الولاية بدليل قبول شهادة المتفقين داراً لا يتمشى هذا الجواب، إذ لا نص على خلافه فالتعويل على جواب المصنف.

---

(١) غريب بهذا اللفظ. وقد أخرجه ابن ماجه ٢٣٧٤ من حديث جابر وفيه مجالد بن سعيد. قال البوصيري في الزوائد: ضعيف.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٥: مجالد فيه مقال. قلت: ولفظ ابن ماجه: «أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض».
وقال الحافظ في التقريب عن مجالد: ليس بالقوي، وتغير بآخرة.

(٢) هو المتقدم.

وقال مالك والشافعي رحمهما الله: لا تقبل لأنه فاسق، قال الله تعالى: ﴿والكافرون هم الظالمون﴾ فيجب التوقف في خبره، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد. ولنا ما روي أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض، ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه، والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه، والكذب محظور الأديان، بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له، وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لأنه لا ولاية له بالإضافة إليه، ولأنه يتقوّل عليه لأنه يغيظه قهره إياه، ومن الكفر وإن اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقوّل.

بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى، وذكر ما رواه أبو داود بهذا الإسناد: «جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا إلى رسول الله ﷺ، فقال: ائتوني بأعلم رجلين منكم، فأتوه بابني صوريا، فنشدهما الله كيف تجدان أمر هذين في التوراة؟ قالا: نجد فيها إذا شهد أربعة منكم أنهم إذا رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما، قال: فما يمنعكما أن ترجموهما؟ قالا: ذهب سلطاننا فكرهنا القتل، فدعا رسول الله ﷺ باليهود فجاء أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة، فأمر رسول الله ﷺ برجمهما»[1] قال: هكذا وجدته في نسخة علاء الدين يده، وهو تصحيف، وإنما هو فدعا بالشهود بخط كشفته من نحو عشرين نسخة، وكذا رواه إسحاق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا: فدعا بالشهود. قال في التنقيح: قوله في الحديث: «فدعا بالشهود فشهدوا» زيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرده به انتهى كلامه. لكن الطحاوي أسنده إلى عامر الشعبي عن جابر، وفيه أنه ﷺ قال: ائتوني بأربعة منكم يشهدون»[2] ثم قول القائل[3] لا يقبل ما تفرد به

الصادق الإله الأصغر. وقيل هم قوم يعتقدون أن من ادعى منهم شيئاً على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته بذلك، وقيل لكل من حلف عندهم ترد شهادتهم لأنهم كافرون إن كانوا كما قيل أولاً، ولتمكن التهمة في شهادتهم إن كانوا كما قيل ثانياً أو ثالثاً. قال: (**وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض الخ**) شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وإن اختلفت مللهم كاليهودي مع النصراني. وقال ابن أبي ليلى: إن اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه الصلاة والسلام «لا شهادة لأهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها» والجواب أنه مخالف لقوله تعالى: ﴿الذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ والمراد به الولاية دون المولاة فإنه معطوف على قوله ﴿ما لكم من ولايتهم من شيء﴾ والعطف قرينة يراعى به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي: لا تقبل لأنه فاسق، قال الله تعالى: ﴿والكافرون هم الظالمون﴾) والظلم فاسق (**فيجب التوقف في خبره**) لقوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه

قوله: (**والجواب أنه ليس بمرضي**) أقول: لا يخفى عليك أنه ليس المراد كونه مرضياً من حيث الشهادة، وإلا فليس واحد من الخصوم راضياً للشهادة على نفسه بل كونه مرضياً من حيث أمواله، فالأولى أن يجاب بما في سائر الشروح مع أنه مرضي من حيث المعاملات، والشهادة منها وجوابه ظاهر قوله: (**ومن بعدهم على أن الحق ماهم عليه**) أقول: قوله ومن بعدهم مبتدأ، وقوله على أن الحق الخ خبره ثم بقي هاهنا بحث فليتأمل قوله: (**منع لوجود الملزوم**) أقول: يعني منع لوجود الولاية قوله: (**وقد مر لنا الخ**) أقول: مر آنفاً قال المصنف: (**لأنه يغيظه**) أقول: قال الكاكي: أي المسلم وفي النهاية للشأن: أي الشأن هو أن يسخط الذي قهره إياه.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٤٥٢ والدارقطني ٤/ ١٦٩. ١٧٠ وإسحاق، والبزار، وأبو يعلى في مسانيدهم كما في نصب الراية ٤/ ٨٥ كلهم من حديث جابر ومداره على مجالد بن سعيد. وقال الدارقطني: تفرد به مجالد، وهو ليس بالقوي.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٥: قال في التنقيح ـ ابن عبد الهادي ـ: لفظ: فدعا بالشهود، فشهدوا». زيادة في الحديث تفرد بها مجالد، ولا يحتج بما انفرد به. وقال ابن عدي: عامة ما يرويه غير محفوظ.
قال الزيلعي: ورواه أبو داود عن الشعبي مرسلاً لم يذكر فيه: «فدعا بالشهود، فشهدوا» والله أعلم قلت: مرسل الشعبي عند أبي داود ٤٤٥٣.

(٢) ومع ذلك هو واهٍ لمخالفته لرواية من هو أوصى منه. ثم الحديث في البخاري ٣٦٣٥ و ٦٨٤١ و ٧٣٣٢ و ٧٥٤٣ ومسلم ١٦٩٩ وغيرهما، وليس فيه ذكر الشهود أصلاً.

(٣) القائل هو ابن عبد الهادي صاحب التنقيح، وهو الحق. والله أعلم لأن مجالداً لم يتابع على تلك الزيادة.

قال: (ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي) أراد به والله أعلم المستأمن لأنه لا ولاية له عليه لأن الذمي من

مجالد يجري فيه ما ذكرنا من أن الراوي المضعف إذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط، ولا شك أن رحمه عليه الصلاة والسلام كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما. وأجيب به من أن حكمها الرجم بشهادة أربعة إذ هو يوافق ما أنزل إليه، فلا بد من كونه بنى على شهادة أربعة في نفس الأمر منهم وإن لم يذكر في الرواية المشهورة، لأن القصة كانت فيما بين يهود في محالهم وأماكنهم، فهذه دلالة على أن مجالداً لم يغلط في هذه الزيادة. وأنت علمت في مسألة أهل الأهواء أن مراد الآية فسق الأفعال لأنه الذي يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد، إلا أن شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١] فبقيت على بعضهم بعضاً. ثم استدل بالمعنى وهو أن الذمي من أهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على أولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته على جنسه، بخلاف المرتد المقيس عليه إذ لا ولاية له أصلاً فلا شهادة له، ولأنه يتقوّل على المسلم لغيظه بقهره فكان متهماً فيه، بخلاف أهل ملة على أهل ملة أخرى، لأنه وإن عاداه ليس أحدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على التقول عليه، ولا يخفى ما فيه إذ مجرد العداوة مانع من القبول كما في مسلم يعادي مسلماً ثم يشيد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد، رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد ﷺ فإنها تجوز على ملة غيرهم»[1] وأيضاً فقول الراوي أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل أن يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض أو بعض النصارى على بعض فلا عموم لها، ويحتمل أنه حكاية تشريع قولي فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا نحكم بأحدهما عيناً، غير أن في هذه خلافاً في الأصول، ورجح الثاني وهو مسألة قول الراوي: «قضى بالشفعة للجار»[2] قوله: (ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي) أراد به المستأمن لأنه لا يتصوّر غيره، فإن الحربي لو دخل بلا أمان قهراً استرقّ، ولا شهادة للعبد على أحد، وذلك لأن الذمي أعلى من المستأمن

ولخلاف جنسه (ولنا ما روي أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين. فإن قيل: المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس. فالجواب أن القياس في الذمي كذلك، لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ واعترض بأن الله تعالى قال: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ والكافر ليس بمرضي. والجواب أنه ليس بمرضيّ بالنسبة إلى الشهادة علينا أو مطلقاً. والأول مسلم وليست بمقبولة. والثاني ممنوع إذ ليس ما يمنع رضانا يمنع شهادة بعضهم على بعض قوله: (والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع) جواب عن قوله لأنه فاسق. وتقريره: الفسق مانع حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الاعتقاد. والثاني ممنوع والأول مسلم، لكن فسق الكفر ليس من بابه فإن الكافر يجتنب محرم دينه. واعترض بأن الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلاً على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور، وهم ارتكبوا الكذب بإنكار الآيات مع علمهم بحقيقتها، قال الله تعالى:

قوله: (لأنه مأخوذ قهراً) أقول: جواب لقوله لا يقال يجوز الخ، قال المصنف: (لأن الذمي من أهل دارنا) أقول: قال الكاكي: وإنما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لأن المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٦٩ وابن عدي ٥/ ١٦ في الكامل والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/ ٢٠١ كلهم من حديث أبي هريرة مصدره: «لا ترث ملة ملة...» وقال الهيثمي: فيه عمر بن راشد ضعيف.
وقال ابن عدي: قال أحمد: عمر بن راشد لا يسوى شيء وقال يحيى: ضعيف. وفي رواية: ليس بشيء. ووافقهم الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٦.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢١٤ و ٢٢٥٧ و ٢٤٩٦ وأحمد ٣/ ٣٩٩ وابن حبان ٥١٨٦ والطحاوي ٤/ ١٢٢ والبيهقي ٦/ ١٠٢ والبغوي ٢١٧١ كلهم عن جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مال لم يُقسم، فإذا وقعت الحدود، وصُرفت الطرق، فلا شفعة.

أهل دارنا وهو أعلى حالاً منه، وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي **(وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل)** لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث، بخلاف الذمي لأنه من أهل دارنا، ولا كذلك المستأمن **(وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألمّ بمعصية)** هذا هو الصحيح في حدّ العدالة المعتبرة، إذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا، فأما الإلمام بمعصية لا تنقدح به العدالة

لأنه قبل خلف الإسلام وهو الجزية فهو أقرب إلى الإسلام منه، ولهذا يقتل المسلم بالذمي عندنا لا بالمستأمن، وقوله بخلاف الذمي متصل بقوله فإن كانوا من دارين: يعني تقبل شهادة الذمي على المستأمن وإن كانوا من أهل دارين مختلفين لأن الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمي، وإنما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لأن المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الإرث والمال قوله: **(وإذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته)** هذا هو معنى المروى عن أبي يوسف في حد العدالة وهو أحسن ما قيل، وفيه قصور حيث لم يتعرض لأمر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصي. والمروي عن أبي يوسف هو قوله أن لا يأتي بكبيرة ولا يصرّ على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة، هكذا نقله عنه القاضي أبو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال: أحسن ما نقل في هذا الباب ما روي عن أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري القاضي، ثم ذكر ذلك، وكان يكفيه إلى قوله ومروءة ظاهرة. وقول المصنف **(فأما الإلمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة)** يريد الصغيرة، ولفظ والإلمام وألمّ قد اشتهر في الصغيرة، ومنه قول ابن خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة:

إن تغفر اللهم تغفر جما … وأيّ عبد لك لا ألما

﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلوّاً﴾ وأجيب بأن المراد به الإخبار على عهد رسول الله ﷺ المتواطؤن على كتمان بعثه ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على أحد محظور إذ هو محظور الأديان كلها. وقوله **(بخلاف المرتد)** جواب عن قوله فصار كالمرتد فإنه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل. وقوله: **(وبخلاف شهادة الذمي على المسلم)** جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم. ووجهه أن ولايته بالإضافة إلى المسلم معدومة، وهو كما ترى منع لوجود الملزوم، وقد مر لنا جواب آخر عن هذا السؤال، ولأنه يتقوّل عليه جواب آخر. وتقريره: سلمنا أن علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم إياه فإنه

في الإرث والمال انتهى. فلم لا يقال مثل هذا في المستأمنين من دارين مختلفين قوله: **(لأنه لا ولاية له على الذمي)** أقول: لم لا يكفي كونه من أهل الولاية مطلقاً على ما ذكره في الذمي والمسلم من كون القياس قبول شهادته على المسلم قوله: **(وتقبل شهادة الذمي عليه)** أقول: لا يستفاد من هذا التقرير ما أراده، بل مفاده أن يكون علة كانقطاع الولاية لعدم الشهادة المستأمن على الذمي قوله: **(وفيه نظر لأن اختلاف الدارين الخ)** أقول: لم لا يجوز أن تكون العلة فيه اختلافهما داراً مع انتفاء كون أحدهما أعلى حالاً من الآخر: أعني تساويهما في الحال قوله: **(فإن قلت: أما يجوز أن يكون علة القبول الخ)** أقول: لم لا يجوز أن يكون علة أخرى لعدم قبول شهادة المستأمن عليه قوله: **(فله الولاية العامة)** أقول: أنت خبير بأنه مخالف لقوله تعالى: ﴿ما لكم من ولايتهم من شيء﴾ وأيضاً مخالف لما نص عليه المصنف آنفاً من سلب ولاية الذمي بالإضافة إلى المسلم، فهذا شرح الكلام بما لا يرضى صاحبه، فالأولى أن يقول فله الولاية على غير أهل دارنا قال المصنف: **(إذ لا بد من توقي الكبائر كلها)** أقول: وفيه بحث، ولعل المراد غير ما ذكره من أمثال شرب الخمر سراً وهو قول آخر من أصحابنا في البدائع. ومن أصحابنا من من قال: إذا كان الرجل صالحاً في أموره تغلب حسناته سيئاته ولا يعرف بالكذب ولا شيء من الكبائر غير أنه يشرب الخمر أحياناً لصحة البدن والتقوى لا للتلهي يكون عدلاً، وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلاً لأن شرب الخمر يكون كبيرة محضة وإن كانت للتداوي انتهى. ولعل هذا الأخير هو الأولى، ويفهم من قوله هذا هو الصحيح في حد العدالة انتهى فليتأمل.

المشروطة فلا تردّ به الشهادة المشروعة لأن في اعتبار اجتنابه الكل سدّ بابه وهو مفتوح إحياء للحقوق.
قال: **(وتقبل شهادة الأقلف)** لأنه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفافاً بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً،

هكذا أورده العتبي عنه بسنده، ونسبه الخطابي إلى أمية، ونسبه صاحب الذخيرة إياه إلى النبي ﷺ غلط. ولا بأس بذكر أفراد نص عليها: منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لا طعن عليه في دين ولا حال وإن كان متأوّلاً في تركها كأن يكون معتقداً فضيلة أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك، وكذا بترك الجمعة من غير عذر، فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلواني، ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسي، والأول أوجه. وذكر الاسبيجابي: من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر، ولا بد من كونه في غير إرادة التقوّي على صوم الغد أو مؤانسة الضيف، وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الأمير عند قدومه. وردّ شداد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه في نفقة طريق مكة كأنه رأى منه تضييقاً ومشاححة فشهد منه البخل. وذكر الخصاف أن ركوب البحر للتجارة أو للتفرج يسقط العدالة، وكذا التجارة إلى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لأنه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لأجل المال، وتردّ شهادة من لم يحجج إذا كان موسراً على قول من يراه على الفور، وكذا من لم يؤدّ زكاته، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وكل من شهد على إقرار باطل وكذا على فعل باطل، مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهوداً. قال المشايخ: إن شهدوا حلّ لهم اللعن لأنه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشري السلطان على ضمان الجهات والإجارات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم قوله: **(وتقبل شهادة الأقلف)** نص عليه الخصاف. قال: وتجوز صلاته وإمامته إلا إذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لا خوفاً من الهلاك، وكل من يراه واجباً يبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روي عنه ﷺ أنه قال: «الختان للرجال سنة، وللنساء مكرمة»[1] وما عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما

يحمله على التقول عليه، بخلاف ملل الكفر فإنها وإن اختلفت فلا تقهر لبعضهم على بعض في دار الإسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول، قال: **(ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي الخ)** لا تقبل شهادة الحربي على الذمي. قال المصنف **(أراد بالحربي المستأمن)** وإنما قال ذلك لأن شهادة الحربي الذي لم يستأمن على الذمي غير متصورة لأنها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر في دار الإسلام. لا يقال: يجوز أن يدخل حربي دار الإسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لأنه مأخوذ قهراً فيصير عبداً، ولا شهادة للعبد لأحد ولا عليه، وإنما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمي لا ولاية له على الذمي لكونه من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب، واختلاف الدارين حكماً يقطع الولاية، وقد ذكرناه في شرح رسالتنا في

قال المصنف: **(إلا إذا تركه)** أقول: الختان المفهوم من الكلام.

---

(١) ضعيف. أخرجه أحمد ٥/ ٧٥ وابن عدي في الكامل ١/ ٢٧٤ والبيهقي ٨/ ٣٢٥ كلهم من حديث أبي المليح بن أسامة الهذلي عن أبيه مرفوعاً ومداره على حجاج بن أرطاة.
قال البيهقي عقب حديثه: لا يحتج به. وأخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٥ من حديث ابن عباس وقال: هذا إسناد ضعيف، والمحفوظ موقوف. ثم أسنده البيهقي موقوفاً على ابن عباس.
وأخرجه أيضاً من حديث أبي أيوب، وفيه حجاج أيضاً، وهو واهٍ. وهو عند الديلمي ٣٠١٣ من حديث شداد بن أوس وفيه الحجاج أيضاً وهو واهٍ.
وقال ابن أبي حاتم في علله ٢٢٣١: سألت أبي عن حديث حجاج رواه عن شداد بن أوس، ورواه عن مكحول عن أبي أيوب. قال أبي: أتوهم أن حديث مكحول خطأ. وقد رواه النعمان بن المنذر عن مكحول مرسلاً وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٨٢ ما ملخصه: الحجاج مدلس، واضطرب فيه، فتارة رواه عن أسامة الهذلي وتارة زاد: شداد بن أوس. وتارة عن مكحول عن أبي أيوب.
وقال ابن عبد البرفي التمهيد: مداره على حجاج، وليس ممن يحتج به. قلت: رواه البيهقي من وجه آخر وضعفه. وقال البيهقي في المعرفة: لا يصح رفعه ا هـ. فالحديث ضعيف، ولعل الراجح وقفه كما ذكر البيهقي. وانظر الكلام عليه في فتح الباري ١٠/ ٣٤١.

(والخصي) لأن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي، ولأنه قطع عضو منه ظلماً فصار كما إذا قطعت يده (وولد الزنا) لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم. وقال مالك رحمه الله: لا تقبل في الزنا لأنه يجب أن يكون غيره كمثله فيتهم. قلنا: العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه، والكلام في العدل.

قال: (وشهادة الخنثى جائزة) لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ، لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم. وقيل العامل

أنه قال: «لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته»[١] إنما أراد به المجوسي؛ ألا ترى إلى قوله: «ولا تؤكل ذبيحته»[٢] قوله: (والخصيّ إذا كان عدلاً) لأنه لا مانع لأن حاصل أمره مظلوم. نعم لو كان ارتضاء لنفسه وفعله مختاراً منع. وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصيّ على قدامة بن مظعون، رواه ابن أبي شيبة بسنده. ورواه أبو نعيم في الحلية: حدثنا إسماعيل بن مسلم عن أبي المتوكل أن الجارود شهد على قدامة أنه شرب الخمر، فقال عمر رضي الله عنه: هل معك شاهد آخر؟ قال: لا، قال عمر: يا جارود ما أراك إلا مجلوداً، قال: يشرب ختنك الخمر وأجلد أنا، فقال علقمة الخصي لعمر: أتجوز شهادة الخصي؟ قال: وما بال الخصي لا تقبل شهادته؟ قال: فإني أشهد أني رأيته يتقيؤها، فقال عمر: ما قاءها حتى شربها، فأقامه ثم جلده[٣]. وأخرجه عبد الرزاق مطوّلاً قوله: (وولد الزنا) أي تقبل شهادته في الزنا وغيره، إذ لا تزر وازرة وزر أخرى. وعن مالك رحمه الله: لا تقبل في الزنا وهو ظاهر من الكتاب (وشهادة الخنثى المشكل جائزة) إذا شهد مع رجل وامرأة، فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لا تقبل، إلا إذا زال الإشكال بظهور ما يحكم به بأنه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه قوله: (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان، لأن العمل نفسه ليس بفسق لأنه معين للخليفة على إقامة الحق وجباية المال الواجب، ولو كان فسقاً لم يَلِهِ أبو هريرة وأبو موسى الأشعري لعمر وكثير، وهذا أحسن مما قيل، ولو كان فسقاً لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لأن هؤلاء خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عملاً يكون نائبه

الفرائض، وعلى هذا قوله وهو أعلى حالاً منه: أي أقرب إلى الإسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهاراً على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لأنه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لأنه لكونه أعلى حالاً أقرب إلى الإسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن، وفيه نظر لأن اختلاف الدارين حكماً علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين إذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستأمنين فضم ذلك إليه للعلية في بعض الصور دون بعض الحكم، والأول هو الظاهر. فإن قلت: أما يجوز أن يكون علة لقبول شهادة الذمي على المستأمن لا جزاء لعلة انقطاع الولاية. قلت: بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتأمل.

قوله: (سلمنا لكن لا نسلم أن العدل الخ) أقول: فيه بحث، إذ لا وجه لهذا الكلام بعد تسليم ما سلمه. والجواب أن المسلم هو عدم كون القدح مغياً بالتحدث: يعني سلمنا أنه مؤاخذ قبل التحدث فيقدح بالعدالة، إلا أن المؤاخذة في إرادة ذلك واختياره لا في مجرد الحب الطبيعي، ولا نسلم أن العدل يريد ذلك،

---

(١) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٥ بسنده عن قتادة عن رجل عن ابن عباس موقوفاً، وكرره من وجه آخر عن ابن عباس موقوفاً أيضاً ومداره على إسحاق بن إبراهيم الدبري، وهو متكلم فيه وفي الإسناد الأول واوٍ مجهول. وفي الثاني: داود بن حصين عن عكرمة. قال الحافظ في التقريب: ثقة إلا في عكرمة ا هـ.
وقال الذهبي في ميزانه: إسحاق الدبري روىٰ عن عبد الرزاق أحاديث منكرة ا هـ.
الخلاصة: مداره على الدبري هذا عن عبد الرزاق وهو واوٍ. لكن رواه ابن أبي شيبة من وجه آخر كما في نصب الراية ٤/ ٨٧ فتقوى به.
تنبيه: قوله: لا تقبل شهادته الخ. أي الأقلف الذي لم يختتن.

(٢) هو بعض أثر ابن عباس المتقدم.

(٣) ذكر هذا الأثر الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٦_ ٨٧.

إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مرّ عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق، لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة.

قال: **(وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحساناً، وإن أنكر الوصي**

فيه، وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل ما لم يظهر وينقشع عنه الظلم كالحجاج. وقيل أراد ما روي عن أبي يوسف في الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه وردّه شهادة الوزير لقوله للخليفة أنا عبدك يبعد هذه الرواية. وقيل أراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون أنفسهم للعمل، لأن من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فأفرد هذه المسألة لإظهار مخالفتهم، وكيف لا وكسبهم أطيب كسب، وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل، وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعاً لا تقبل. وقدمنا على البزدوي أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصله ظلماً، فعلى هذا تقبل شهادته، والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد. ومثله المعرّفون في المراكب والعرفاء في جميع الأصناف وضمان الجهات في بلادنا لأنهم كلهم أعوان على الظلم قوله: **(وإذا شهد الرجلان)** صورتها: رجل ادعى أنه وصى

وسنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستأمن مع اخلاف الدارين حكماً على وجه لا يلزم ذلك. قال: **(وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض الخ)** المستأمنون في دارنا لا يخلو إما أن يكونوا من دار واحدة أو لا، فإن كان الأول قبلت شهادة بعضهم على بعض، وإن كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث قوله: **(بخلاف الذمي)** جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت. ووجهه أن يقال الذمي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها، فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت. ووجهه أن يقال الذمي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة على المسلم المسلم كعكسه، لكن تركنا بالنص كما مر، ولا نص في المستأمن فتقبل شهادة الذمي عليه، ولا كذلك المستأمن لأنه ليس من أهل دارنا، وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لأنه من دارنا فهي تجمعهم، بخلاف المستأمنين. قال: **(وإن كانت الحسنات أكثر من السيئات الخ)** وإذا كانت الحسنات أكثر من السيئات وذلك بعد أن يكون مما لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر والإصرار على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب أحواله في تعاطي الصغائر، فإن كان إتيانه بما هو مأذون في الشرع أغلب من إلمامه بالصغائر جازت شهادته ولا تنقدح عدالته بإلمام الصغائر لئلا يفضي إلى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لإحيائها **(وتقبل شهادة الأقلف وهو من لم يختتن)** لأن الختان سنة عند علمائنا، وترك السنة لا يخل بالعدالة إلا إذا تركها استخفافاً بالدين فإنه لا يبقى حينئذ عدلاً بل مسلماً، وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدر له وقتاً معيناً، إذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك ولا إجماع، والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر، وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده، لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع و بعد السابع، لكنه شاذ **(و)** تقبل شهادة **(الخصي)** وهو منزوع الخصية لأن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي، ولأنها قطعت ظلماً فصار كمن قطعت يده **(و)** تقبل شهادة **(ولد الزنا)** لأن فسق الأبوين لا يربو على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما أولى وقال مالك: **(لا تقبل شهادته في الزنا لأنه يجب أن يكون غيره كمثله)** والكاف زائدة كما في قوله تعالى: ﴿ليس كمثله شي﴾ فيهتم: قلنا: الكلام في العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لأنه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث به، سلمناه لكن لا نسلم أن العدل يختار ذلك أو يستحبه. **(وتقبل شهادة الخنثى لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص)** قال الله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ ويشهد

قال المصنف: **(وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان)** أقول: يقال أوصى إليه: أي جعله وصياً، وأوصى له بكذا: أي جعله موصى له قال المصنف: **(والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحساناً)** أقول: قوله والوصي يدعي: أي الوصي يرضى، هكذا سنح للبال. ثم رأيت في شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الأسود ما نصه: والمراد من الدعوى في قوله والوصي يدعي هو الرضا، إذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضي أن ينصب وصياً إذا رضي به انتهى.

لم يجز) وفي القياس: لا يجوز وإن ادعى، وعلى هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما. وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه. وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصيّ إذا كان طالباً والموت معروف، فكيفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما، بخلاف ما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نَصْب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة، وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفاً لأنهما يقرّان

فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان لذلك الميت أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحساناً. والقياس أن لا تجوز، لأن شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد. أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويريحهما ويقوم بإحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرءان بالدفع إليه والوصيان لوجود من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعاً لا تقبل. وجه الاستحسان أنا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضي شيئاً لم يكن واجباً عليه، بل إنما اعتبرناها على وزان القرعة لا يثبت بها شيء. ويجوز استعمالها لفائدة غير الإثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب في السفر بإحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضي في تعيين الأنصباء، فكذا هذه الشهادة في هذه الصورة لم تثبت شيئاً، وإنما اعتبرناها لفائدة إسقاط تعيين الوصيّ عن القاضي، فإن للقاضي إذا ثبت الموت ولا وصيّ أن ينصب الوصي، وكذا إذا كان للميت وصي وادعى العجز وهذه الصور من ذلك فإن الشهادة لم تثبت شيئاً وثبت الموت فللقاضي أو عليه أن ينصب وصياً، فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالأهلية الصالحة لذلك، فكفى القاضي بذلك مؤنة التفتيش على الصالح، وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أوجبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بعجز شرعي منهما عن التصرف إلا أن يكون هو معهما، أو بعجز علمه الميت منهما حتى أدخله معهما فينصب القاضي الآخر، وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لأن القاضي لا يملك نصب وصيّ قبل الموت إلا في شهادة الغريمين المديونين فإنه لا يشترط في إثبات الوصي الذي شهدا له ثبوت الموت لأنهما مقران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما في ذلك أكبر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعاً، وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعي الوكالة لا تقبل لأنه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب، فلو أثبت القاضي وكالته لكان مثبتاً لها بهذه الشهادة وهي لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف، وإذا تحققت ما ذكر ظهر

مع رجل وامرأة للاحتياط، وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة قال: **(وشهادة العمال جائزة)** قال فخر الإسلام: وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير أنه كان يعني أبا حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لأن نفس العمل ليس بفسق، لأن أجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالاً يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة، إلا إذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم فإنه لا تقبل شهادتهم قوله: **(وقيل العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته)** لعله يريد به إذا كان عوناً له على الظلم فإنه إذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك، ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن أبي يوسف في الفاسق **(لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة)** وقيل: أراد بالعمال الذين يعملون بأيديهم أو يؤاجرون أنفسهم لأن من الناس من قال: لا تقبل شهادتهم، فيكون إيراد هذه المسألة رداً لقولهم لأن كسبهم أطيب

قوله: **(لأنه ليس له نصب ولاية الوصي)** أقول: الظاهر أن يقال ليس له ولاية نصب الوصي.

على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما (وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لا تقبل شهادتهما) لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب، فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة.

أن عدم قبول هذه الشهادة ثابت قياساً واستحساناً إذ ظهر أنه لم يثبت بها شيء وإنما ثبت عندهما نصب القاضي وصياً اختاروه، وليس هنا موضع غير هذا يصرف إليه القياس والاستحسان، ولو اعتبرا في نفس إيصاء القاضي إليه فالقياس لا يأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياساً واستحساناً. والمنقول عن أصحاب المذهب في الجامع الصغير ليس إلا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله في شاهدين شهدا لرجل أن أباهما أوصى إليه قال: جائز إن ادعى ذلك، وإن أنكر لم يجز، وإن شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلاً في ذلك كله لأن القاضي لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب، فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست بموجبة.

[فروع] إذا شهد المودعان بكون الوديعة ملكاً لمودعهما تقبل، ولو شهدا على إقرار مدعيها أنها ملك المودع لا تقبل إلا إذا كانا ردّا الوديعة على المودع، ولو شهد المرتهنان بالرهن لمدعيه قبلت، ولو شهدا بذلك بعد هلاك الرهن لا تقبل ويضمنان قيمته للمدعي لإقرارهما بالغصب، ولو شهدا على إقرار المدعي بكون الرهن ملك الراهن لا تقبل، وإن كان الرهن هالكاً إلا إذا شهدا بعد رد الرهن، وإذا أنكر المرتهنان فشهد الراهنان بذلك لا تقبل وضمنا قيمته للمدعي لما ذكرنا، ولو شهد الغاصبان بالملك للمدعي لا تقبل إلا إذا كان بعد رد المغصوب، ولو هلك في يدهما ثم شهدا للمدعي لا تقبل، ولو شهد المستقرضان بأن الملك في المستقرض للمدعي لا تقبل لا قبل الدفع ولا بعده، ولو ردّ عينه، وعن أبي يوسف تقبل بعد رد العين لعدم الملك قبل استهلاكه عنده حتى كان أسوة الغرماء إذا شهد المشتريان شراء فاسداً بأن المشتري ملك للمدعي بعد القبض لا تقبل وكذا لو نقض القاضي العقد أو تراضوا على نقضه هذا إذا كان في يدهما، فلو ردّاه على البائع ثم شهدا قبلت، ولو شهد المشتري بما اشترى لإنسان ولو بعد التقايل أو الردّ بالعيب بلا قضاء لا تقبل، كالبائع إذا شهد بكون المبيع ملكاً للمدعي بعد البيع، ولو كان الردّ بطريق هو فسخ قبلت وشهادة الغريمين بأن الدين الذي عليهما لهذا المدعي لا تقبل وإن قضيا الدين، وشهادة المستأجر بكون الدار للمدعي إن قال المدعي إن الإجارة كانت بأمري لا تقبل، ولو قال كانت بغير أمري تقبل، وشهادة ساكن الدار بغير إجارة للمدعي أو عليه تقبل خلافاً لمحمد فيما عليه بناء على تجويز غصب العقار وعدمه ولو شهد عبدان بعد العتق عند اختلاف المتعاقدين أن الثمن كذا لا تقبل. وفي العيون: أعتقهما بعد الشراء ثم شهدا على البائع أنه استوفى الثمن من المشتري عند جحوده تجوز إجماعاً، ولو وكله بالخصومة في ألف قبل فلان فخاصم عند غير القاضي ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضي فشهد بهذه الألف لموكله جازت، خلافاً لأبي يوسف فإنه يجعله بمجرد الوكالة قام مقام الموكل، ولو كان خاصم عند القاضي والباقي بحاله لم تجز، ولو خاصم في الألف عند القاضي والوكالة بكل حق قبل فلان فعزله فشهد لموكله بمائة دينار، إن كان التوكيل عند القاضي قبلت، وإن كان خارجاً عنه فاحتاج إلى إثبات الوكالة عند القاضي بالإشهاد لا تقبل لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصماً في جميع ما على هذا الرجل فشهادته شهادة الخصم، بخلاف الأول لأن القاضي علم بالوكالة وعلمه ليس قضاء فلا يصير خصماً فتقبل في غير ما صار فيه خصما، هذا كله في الوكالة الخاصة وهي التوكيل بالخصومة والطلب لما على رجل معين. وحكمها أن لا يتناول الحادث بعد التوكيل، أما العامة وهي أن

الأكساب، قال ﷺ «أفضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده» فأنى يوجب جرحاً؟ قال: (وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان الخ) إذا شهد رجلان أن أباهما أوصى إلى فلان أو شهد الموصي لهما بذلك أو شهد غريمان لهما على الميت دين أو شهد غريمان للميت عليهما دين أو شهد وصيان أنه أوصى إلى ثالث معهما فذلك خمس مسائل، فلا يخلو إما

قال: **(ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك)** لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الإلزام، ولأنه هتك السرّ والستر واجب والإشاعة حرام، وإنما يرخص ضرورة إحياء

يوكله بطلب كل حق له قبل جميع الناس أو أهل مصر فيتناول الحادث بعد التوكيل وفيها لا تقبل شهادته لموكله بشيء على أحد بعد العزل إلا على ما وجب بعد العزل. شهد ابنا الموكل أن أباهما وكل هذا بقبض ديونه لا تقبل إذا جحد المطلوب الوكالة وكذا في الوكالة بالخصومة وشهادة ابني الوكيل على الوكالة لا تقبل، وكذا شهادة أبويه وأجداده وأحفاده وشهادة الوصيّ للميت بعد ما أخرجه القاضي عن الوصاية لا تقبل ولو بعد ما أدركت الورثة سواء خاصم فيه أو لا، ولو شهد لكبير على أجنبي تقبل في ظاهر الرواية، ولو لكبير وصغير معاً في غير الميراث لا تقبل، ولو شهد الوصيان على إقرار الميت بشيء معين دار أو غيرها لوارث بالغ تقبل، والله أعلم قوله: **(ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به)** قيل قوله ولا يحكم به تكرار. أجيب بجواز أن لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفي الأمرين، والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع أو العبد، فإن كان متضمناً أحدهما سمعت الشهادة وحكم بها، وذلك بأن يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر، أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو أنهم رجعوا عن الشهادة، أو على إقرارهم أنهم أجراء في هذه الشهادة، أو إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى، أو إقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة. ففي هذه الوجوه تقبل لثلاثة أوجه: أصحها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف أحدهما أن الشهادة إنما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم، والفسق لا يدخل تحت الحكم لأن الحكم إلزام وليس في وسع القاضي إلزام الفسق لأحد لتمكنه من رفعه في الحال بالتوبة. الثاني أن بمجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته، وهذا لأن فيه إشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه، قال تعالى: ﴿إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة

أن يكون الموت معروفاً والوصي راضياً أو لم يكن، فإن كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان إلا في الرابعة فإن ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وإن كان الأول جاز استحساناً. وفي القياس لا يجوز لأنها شهادة متهم لعود المنفعة إليه بنصب من يقوم بإحياء حقوقه أو فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم. وجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لأنها ما توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي إذا رضي الوصي والموت معروف حفظاً لأموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتأمل في صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعيين ولم يثبتوا بها شيئاً فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي. فإن قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له. أجاب بأن الوصيين إذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما هاهنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف لعدم استقلالها به فكان كما تقدم بخلاف ما إذا أنكر ولم يعرف الموت لأنه ليس له نصب ولاية الوصي إذ ذاك فكانت هي الموجبة إلا في الغريمين له عليهما دين فإنها تقبل وإن لم يعرف الموت لأنهما يقرّان على أنفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما، وإن شهدا أن أباهما الغائب وكل فلاناً بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل ذلك أو ادعاه لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب، فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك قال **(ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الخ)** الجرح إما أن يكون مجرداً أو غيره لأنه لا يخلو إما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أولاً. والثاني هو المفرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم، والأول هو الثاني ولك أن تسميه مركباً، فإذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء وأقام الغريم بينة على الجراح المفرد مثل إن قالوا هم فسقة أو زناة أو آكلوا ربا فالقاضي لا يسمعها. واستدل المصنف بوجهين: أحدهما قوله لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة

قوله: **(هم فسقة أو زناة)** أقول: أي زناة في زمن متقادم قوله: **(أجيب بأن من شرط ذلك في زماننا الخ)** أقول: فيه أن التقييد بقوله في زماننا يدل على جواز تفسيق الشهد علانية في الزمان الأول، وهو للمفهوم أيضاً من الكتب مع أن الدليل المعتمد ينفيه كما لا يخفى فليتأمل في جوابه.

الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم **(إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك تقبل)** لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم.

قال: **(ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لم تقبل)** لأنه شهادة على جرح مجرد، والاستئجار وإن كان أمراً زائداً عليه فلا خصم في إثباته لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه، حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل

في الذين آمنوا لهم عذاب أليم﴾ [النور: ١٩] فإن قيل: ليس المقصود إشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه. أجيب بأن دفعه ليس ينحصر في إفادة القاضي على وجه الإشاعة بأن يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملأ من الناس، إذ يندفع بأن يخبر القاضي سراً فيتفرع على هذا الصور التي ذكرناها. ومنها ما لو أقام رجل: يعني المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لهذا الأداء لأنه على جرح مجرد. فإن قيل: الاستئجار أمر زائد على مجرد الجرح. أجاب المصنف عنه بقوله والاستئجار وإن كان أمراً زائداً فلا خصم في إثباته، لأن المدعى عليه ليس نائباً عن المدعي في إثبات حقه هذا بل أجنبي عنه. وأورد أنه ينبغي أن تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الضيق من وجه آخر، وهو أن يجعلوا مزكين لشهود المدعي فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم، وإذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح. أجيب بأن المعدل في زماننا يخبر القاضي سراً تفادياً من إشاعة الفاحشة والتعادي، وأما الرجوع عن الشهادة فإنه لا يسمع إلا عند القاضي، وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك أو ظن عراه بعد ما مضت فلا تقبل الشهادة، فأما لو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن إثبات حق للعبد أو لله سبحانه بأن يشهدوا أن المدعي استأجرهم بعشرة وأعطاهموها من مالي الذي كان في يده أو أني صالحتهم على كذا ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا عليّ بهذا وقد شهدوا وأنا أطالبهم بهذا المال الذي وصل إليهم تقبل، بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا إلى آخره، لكن لم أدفع إليهم المال لا تقبل لأنه جرح مجرد، وكذا إذا شهدوا أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شرب الخمر أو سرق مني أو زنى أو شريك المدعي فيما ادعى به من المال أو شهدوا على إقرارهم بأنهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الأمر قبلت، أو على إقرار المدعي أنه استأجرهم تقبل في ذلك كله لأن منه ما تضمن حقاً للعبد ومواضعه ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح. ومنه الشهادة برقهم فإن الرق حق للعبد. ومنه ما تضمن حقاً للشرع من حد كالشهادة بسرقتهم وشربهم وزناهم أو غير حد كالشهادة بأنهم محدودون، فإنها قامت على إثبات قضاء القاضي وقضاء لقاضي حق الشرع. ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن إشاعة فاحشة

ورفع الإلزام، وسماعها إنما هو للحكم والإلزام. والثاني قيل وعليه الاعتماد أن في الجرح المفرد هتك السر وهو إظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقاً بهتك واجب الستر وتعاطي إظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم. فإن قيل: ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد؟ أجيب بأن من شرط ذلك في زماننا أن يقول لا أعلم من حاله أو يعلم القاضي بذلك سراً إذا سأله القاضي تفادياً عن التعادي واحترازاً عن إظهار الفاحشة، وليس فيما نحن فيه ذلك، وإنما قال ولا يحكم بذلك وإن كان عدم السماع يفيده لجواز أن يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعمله أيضاً قوله: **(إلا أنه)** استثناء من قوله لأن الفسق وهو منقطع: أي لكن إذا شهد شهود المدعى عليه على المدعي أنه أقرّ أن شهودي فسقة فإنها تقبل **(لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم)** ولم يظهروا الفاحشة وإنما حكوها عن غيرهم وهو المدعي، والحاكي لإظهارها ليس كمظهرها، وكذا إذا شهدوا بأن المدعي استأجر الشهود لم يسمعها لأنه جرح مجرد، وضم الاستئجار إليه ليس بمخرج له عن ذلك لأنه من حقوق العباد فيحتاج إلى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه أجنبياً عنه **(حتى لو أقام البينة أن المدعي استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده قبلت لأنه خصم في ذلك)** فكان جرحاً

قوله: **(إلا أنه استثناء الخ)** أقول: في نسخ الهداية إلا إذا الخ، فقول الشارح قوله إلا أنه الخ ليس كما ينبغي، بل الصواب أن يقال: إلا إذا. ثم إن قوله استثناء من قوله لأن الفسق غير مسلم بل هو استثناء من قوله ولا يسمع القاضي البينة.

لأنه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه، وكذا إذا أقامها على أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا عليّ بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال، ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعي تقبل.

فتقبل. ومنه شهادتهم بأنهم شركاء المشهود له إذ ليس فيه إظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعاينة، والمراد أنه شريك مفاوض فمهما حصل من هذا المال الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يريد أن شريكه في المدعى به وإلا كان إقراراً بأن المدعى به لهما، وكذا كل ما يشهدون به على إقرار المدعي بما نسبه إلى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه إشاعة منهم، بل إخبار عن إخبار المدعي عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والإنسان مؤاخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الإشاعة في شهادتهم أنهم محدودون إنما هي منسوبة إلى قضاء القاضي أو شهادة القذف. هذا وقد نص الخصاف في الجرح المجرد أنه تقبل الشهادة به فقيل في وجهه أنه يسقط العدالة فتقبل كالرق وأنت سمعت الفرق. وأوّل جماعة قول الخصاف بحمله على شهادتهم على إقرار المدعي ذلك أو أنه يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر وقد تقدم في هذا ما يمنعه. ثم قد وقع في عدّ صور عدم القبول أن يشهدوا بأنهم فسقة أو زناة أو شربة خمر. وفي صور القبول أن يشهدوا بأنه شرب أو زنى لأنه ليس جرحاً مجرداً لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج إلى جمع وتأويل قوله: **(ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي: أي أخطأت لنسيان)** عراني بزيادة باطلة بأن كان شهد بألف فقال إنما هي خمسمائة، أو بنقص بأن شهد بخمسمائة فقال أوهمت إنما هي ألف **(جازت شهادته)** إذا كان عدلاً: أي ثابت العدالة عند القاضي أولاً فسأل عنه فعدل **(ووجهه أن الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء)** إذ طبع البشر النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك، بخلاف ما إذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء المدعي في الزيادة والمدعى عليه بالنقص في المال فلا تقبل **(وعلى هذا إذا غلط في بعض الحدود)** بأن ذكر الشرقيّ مكان الغربي ونحوه **(أو في بعض النسب)** بأن قال محمد بن عليّ بن عمر إن تداركه في المجلس قبل وبعده لا، وإذا جازت ولم ترد فبماذا يقضي؟ قيل بجميع ما شهد به لأن ما شهد به صار حقاً للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت، ولا بد من

مركباً فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه **(وكذا إذا أقامها على أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا عليّ بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال)** لما قلنا، بخلاف ما إذا قال ذلك ولم يقل دفعته إليهم فإنه جرح مجرد غير مسموع قوله: **(ولهذا قيل)** أي ولما قلنا إنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن، وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد وكان المناسب أن يقول ولذلك وهذا أسهل، والمعنى إذا أقام المدعى عليه البينة **(أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعي قبلت)** لأنه إثبات حق يدخل تحت الحكم من غير إشاعة فاحشة. أما قوله إنه عبد فلما أنه يثبت الرق وهو ضعف حكمي أثره في سلب الولاية وهو حق الله تعالى وموضعه أصول الفقه. وأما قوله إنه محدود في قذف فلأنه تعلق

قال المصنف: **(وكذا لو أقامها على أني صالحت)** أقول: لعل المراد بصالحت أعطيت الرشوة لدفع وإلا فلا صلح بالمعنى الشرعي بينهما قوله: **(ولهذا قيل)** أقول: القائل هو الكاكي قوله: **(وليس له ذكر في المتن)** أقول: والأمر فيه بين أيضاً، فإن المعلومية بالالتزام تكفي في ذلك لأن تخصيص عدم سماع بينة الجرح المجرد بالذكر يدل عليه دلالة واضحة، فإن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عدا المذكور قوله: **(وقيل لما قلنا الخ)** أقول: والأظهر أن يقال: لما مر من أن عدم سماع بينة الجرح المفرد مبني على هذين الدليلين. قلنا كيت وكيت لعدم جريانها لأن الأصل هو القبول ولا مانع، وإنما قلنا إن الأظهر ذلك لما لا يخفى بما في تقرير الشارح حيث يدل على أن ما ذكره مبني على ذينك الدليلين وليس الأمر كذلك قوله: **(وكان المناسب أن يقول ولذلك)** أقول: ليكون إشارة إلى بعده قوله: **(أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعي)** أقول: أو شارب: أي ولم يتقادم، وقوله أو سارق: أي من المدعى عليه، وقوله أو قاذف: أي والحال أن المقذوف يدعيه، وقوله أو شريك المدعي: أي والمدعي مال.

قال: (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي، فإن كان عدلاً جازت شهادته) ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق عليّ ذكره أو بزيادة كانت باطلة. ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة

قيده بأن يكون المدعي يدعي الزيادة، فإنه لو شهد له بألف وقال بل ألف وخمسمائة لا يدفع إلا إن ادعى الألف وخمسمائة. وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعي ألف وخمسمائة فيشهد بألف ثم يقول أوهمت إنما هو ألف وخمسمائة لا ترد شهادته، لكن هل يقضي بألف أو بألف وخمسمائة؟ قيل يقضي بالكل، وقيل بما بقي فقط وهو الألف، حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وإنما هو خمسمائة يقضي بخمسمائة فقط لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة، وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بألف فكذا إذا غلط، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، فعلى هذا قوله في جواب المسألة جازت شهادته: أي لا ترد، لكن لا يقضي، إلا كما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء أو بعده. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما، وظاهر هذا أنه يقضي بالكل. وعن أبي يوسف في رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت في كذا وكذا فإن كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي، وإن لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة. وعن محمد: إذا شهدوا بأن الدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن البناء فإني لا أضمنهم قيمة البناء وحده كما لو قالوا شككنا في شهادتنا، وإن قالوا ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه. فعلم بهذا أن الشهود لا يختلف الحكم في قولهم شككنا قبل القضاء وبعده في أنه يقبل إذا كانوا عدولاً، بخلاف ما إذا لم يكن موضع شبهة وهو ما إذا ترك لفظ الشهادة أوالإشارة إلى المدعى عليه أو المدعي أو اسم أحدهما، فإنه وإن جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لأن القضاء لا يتصور بلا شرطه هو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون قضاء.

به حكم وهو إكمال الحد برد شهادته وهو حق الله، وكذلك حد الشرب وحدّ القذف وحد السرقة. فإن قيل: في هذه الشهادة إظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت؟ فالجواب أن إظهار الفاحشة إذا دعت إليه ضرورة جائز لقوله ﷺ: «اذكروا الفاجر بما فيه» وقد تحققت لإقامة الحد. لا يقال: وقد تحققت في الجرح المجرد أيضاً لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه، لأنها تندفع بأن يقول للقاضي سراً ولا يظهره في مجلس الحكم، وعلى هذا في إقامة البينة على ذلك اعتباران: أحدهما أن يكون بجرح الشهادة وهوغير مقبول. والثاني لإقامة الحد وهو مقبول، ومن علاماته عدم التقادم. وأما إثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما إذا أقام البينة أن الشاهد ابن المدعي أو أبوه. قال: (ومن شهد ولم يبرح الخ) ومن شهد ثم قال أوهمت بعض شهادتي قال فخر الإسلام: أي أخطأت بنسيان ما يحق عليّ ذكره أو بزيادة كانت باطلة: يعني تركت ما يجب عليّ أو أتيت بما لا يجوز لي، فإما أن يقول ذلك وهو في مجلس القاضي أو بعد ما قام عنه ثم عاد إليه، وعلى كل من التقديرين إما أن يكون عدلاً أو غيره، والمتدارك إما أن يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من أحد الخصمين أو لا، فإن كان غير عدل ردت شهادته مطلقاً: أي سواء قاله في المجلس أو بعده في موضع الشبهة أو غيره، وإن كان عدلاً قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل أن يدّعي لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل أن يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه أو الإشارة إلى أحدهما سواء كان في مجلس القضاء أو في غيره، وتدارك ترك لفظ الشهادة إنما يتصور قبل القضاء، إذ من

قال المصنف: (حتى قال قال أوهمت بعض شهادتي) أقول: منصوب على نزع الخافض: أي في بعض شهادتي قال المصنف: (قوله أوهمت أي أخطأت) أقول: الأولى حذف أي التفسيرية كما لا يخفى فيكون مجازاً من باب ذكر الخاص وإرادة العام، لأن أوهم بمعنى أسقط قال المصنف: (أو بزيادة كانت باطلة) أقول: جملة كانت باطلة صفة لزيادة قوله: (تجميع ما شهد أو لا) أقول: أي ألفاً أو خمسمائة قوله: (وبما بقي أو زاد عند آخرين الخ) أقول: والأظهر عندي قول الآخرين. فإن على قول بعض المشايخ يكون الشاهد مكذباً في قوله الثاني فينبغي أن لا تقبل شهادته مطلقاً، ثم إن المراد من قوله وبما بقي خمسمائة ومن قوله أو زاد ألف قوله: (وبعدها) أقول: الظاهر أن يقال بعده.

مجلس القضاء فكان العذر واضحاً فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل، بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت، لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط، ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد، ولا كذلك إذا اختلف. وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب

[فروع] من الخلاصة: وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجال من أهل القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود أولاد في المكتب قبلت، فإن كان لهم أولاد فالأصح أنه تجوز أيضاً، وكذا لو شهد أهل المحلة للمسجد بشيء، وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهلها تقبل، وكذا إذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد أو المسجد الجامع، وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا أنه وقف لأبناء السبيل. وقيل إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً من ذلك لا تقبل. وقال بعضهم منهم الإمام الفضلي: لا تقبل شهادة أهل المسجد. وقال أبو بكر بن حامد في جنس هذه المسائل: تقبل على كل حال لأن كون الفقيه في المدرسة والرجل في المحلة والصبيّ في المكتب غير لازم بل ينتقل، وأخذ هذا مما سنذكره من كلام الخصاف. ولو شهدا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود أولاد محتاجون في جوار الموصى قال محمد: لا تقبل للابن وتبطل للباقين، وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك. وفي وقف هلال قال: وتقبل شهادة الجيران على الوقف. قلت: وكذا ذكر الخصاف في أوقافه فيمن شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أو على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال: تجوز الشهادة لأن فقراء الجيران ليسوا قوماً مخصوصين؛ ألا ترى أنه إنما ينظر إلى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة، فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له في الغلة حق؛ إلا ترى أن رجلين فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فإن الوقف ليس لهما بأعيانهما خاصة، ألا ترى أن وليّ الوقف لو أعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزاً، وكذلك كل شهادة تكون خاصة، وإنما هي عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك أن الشهادة جائزة. وذكر قبل هذا بأسطر إن شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه فشهادتهما باطلة، وكأن الفرق تعينهما في هذه الصورة إذ لا جيران له سواهما، بخلاف تلك الصورة. ولو شهدوا أنه أوصى بثلثه للفقراء وأهل بيته فقراء لا تقبل، ولو شهد بعض أهل القرية على بعض أهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل، وإن كان خراج كل أرض معيناً أو لا خراج للشاهد تقبل، وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل، وكذا أهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة إن كانت السكة غير نافذة لا تقبل. وفي النافذة: إن طلب حقاً لنفسه لا تقبل، وإن قال لا آخذ شيئاً تقبل، وكذا في وقف المدرسة على هذا في فتاوى النسفي. وقيل إن كانت السكة نافذة تقبل مطلقاً. وفي الأجناس في الشهادة على

شرط القضاء أن يتكلم الشاهد بلفظ أشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط. وأما إذا كان في موضع شبه التلبيس كما إذا شهد بألف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة أو بالعكس فإنها تقبل إذا قال في المجلس بجميع ما شهد أو لا عند بعض المشايخ، لأن المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله أوهمت وبما بقي أو زاد عند آخرين، لأن الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون بأصلها وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهذا التدارك يمكن أن يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها، قال المصنف **(ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحاً فيقبل إذا تداركه في أوانه)** وهو قبل البراح من المجلس **(وهو عدل وأما إذا كان بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل)** لأنه يوهم الزيادة من المدعي بإطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك **(فوجب**

قوله: **(وفيه إشارة إلى ما مال إليه شمس الأئمة)** أقول بل في الدليل الأول أيضاً إشارة إليه يظهر ذلك بالتأمل قال المصنف: **(وهذ إذا كان موضع شبهة)** أقول: أي شبهة التلبيس. وفي النهاية موضع الشبهة هو موضع الزيادة والنقصان انتهى وفيه بحث.

وهذا إذا كان موضع شبهة، فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلاً مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلاً، والظاهر ما ذكرناه والله أعلم.

الوصية للفقراء وأهل بيت الشاهدين فقراء لا تقبل لهما ولا لغيرهما. ولو شهدا أنه أوصى بثلثه لفقراء بني تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئاً. ولو شهدا أنه جعل أرضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا أو فقيران لم تجز شهادتهما. ووضع هذه الخصاف فيما إذا شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على أهل بيته وهما من أهل بيته فهي باطلة. قال: وكذا إذا شهدوا على فقراء أهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة، لأنهما إن افتقرا يثبت الوقف لهما بشهادتهما، وكل شهادة تجرّ نفعاً للشاهد أو لأبويه أو لأولاده أو لزوجته لا تجوز.

الاحتياط) قوله: **(لأن المجلس إذا اتحد)** دليل آخر على ذلك، وفيه إشارة إلى ما مال إليه شمس الأئمة فإنه ألحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد، وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه **(وعلى هذا)** أي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم **(إذا وقع الغلط في بعض الحدود)** فذكر الشرقي في مكان الغربي أو بالعكس **(أو في بعض النسب)** كأن ذكر محمد بن أحمد بن عمر بدل محمد بن عليّ بن عمر مثلاً، فإن تداركه قبل البراح عن المجلس وإلا فلا **(وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه قبل قوله في غير المجلس)** أيضاً في جميع ذلك، لأن فرض عدالته ينفي توهم التلبيس والتغرير **(والظاهر ما ذكرناه)** أوّلاً من تقييد ما فيه شبهة التغرير بالمجلس، والله أعلم.

باب الاختلاف في الشهادة

قال: **(الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت، وإن خالفتها لم تقبل)** لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة، وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها.

باب الاختلاف في الشهادة

الاختلاف في الشهادة خلاف الأصل، بل الأصل الاتفاق لأن الأصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك، والشهادة كذلك لأنها تتفرع إما عن رؤية كما في الغصب والقتل أو سماع إقرار وغيره، والشاهدان مستويان في إدراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلهذا أخره عما لم يذكر فيه خلاف قوله: **(الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفتها لم تقبل)** لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لأنها لإثبات في حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى **(وقد وجدت)** الدعوى **(فيما يوافقها)** أي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل **(وانعدمت فيما يخالفها)** فإنها لما لم توافقها صارت الدعوى بشيء آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة. واعلم أنه ليس المراد من الموافقة المطابقة، بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به، بخلاف ما إذا كان أكثر، فمن الأقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب أنه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل، ويقضي بمهر المثل إن كان قدر ما سماه أو أقل، فإن زاد عليه لا يقضي بالزيادة، كذا في غير نسخة من الخلاصة. والظاهر أنه إنما يستقيم إذا كانت هي المدعية، ومنه إذا ادعى ملكاً مطلقاً أو بالنتاج فشهدوا في الأول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتا، لأن الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث، والمطلق أقل من النتاج لأن الملك المطلق يفيد الأولية على الاحتمال والنتاج على اليقين، وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل. ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل إلا إذا كان ذلك السبب الإرث، لأن دعوى الإرث كدعوى المطلق هذا هو المشهور. وقيده في الأقضية بما إذا نسبه إلى معروف سماه ونسبه. أما لو جهله فقال اشتريته أو قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية. وذكر الخلاف في القبول رشيد الدين، وعن هذا اختلفوا فيما إذا تحمل الشهادة على ملك بسبب، وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب. واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحل له. قلت: كيف وفيه إبطال حقه فإنها لا تقبل فيما لو ادعاها

باب الاختلاف في الشهادة

تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلاً، والاختلاف إنما هو بعارض الجهل والكذب فأخره وضعاً للتناسب. قال: **(الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت الخ)** الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت، وإن خالفتها لم تقبل، وقد عرفت معنى الشهادة، فاعلم أن الدعوى هي مطالبة بحق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته، وموافقتها للشهادة هو أن يتحدا نوعاً وكما وكيفا وزماناً ومكاناً وفعلاً وانفعالاً ووضعاً وملكاً ونسبة. فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم، أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين، أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد بأبيض، أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر

باب الاختلاف في الشهادة

قوله: **(والاختلاف إنما هو بعارض الجهل)** أقول: وأيضاً الاختلاف هو سلب الاتفاق والاتحاد: أي ملزومه، وأيضاً الاتفاق من الاختلاف كالمفرد من المركب، إذ الاتفاق هو الاتحاد والواحد مقدم على المتعدد فليتأمل قال المصنف: **(الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت)** أقول: صدر الباب بهذه المسألة مع أنها ليست من الاختلاف في الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين؛ ألا يرى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى عمن له أدنى بصيرة قوله: **(وقد عرفت معنى الشهادة)** أقول: في أول كتاب الشهادة قوله: **(فاعلم أن الدعوى هي مطالبة بحق في مجلس من له الخلاص)** أقول: أي من له خلاصة كقوله تعالى: ﴿فإن الجنة هي المأوى﴾ قوله: **(أو ادعى شق زقه)** أقول: فيه بحث قوله: **(وشهد بانشقاقه)** أقول: أي من غير شقه قوله: **(أو ادعى أنه ملكه)** أقول: لا يخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف في الملك الذي هو إحدى مقولات العرض، وليس كذلك بل ما ذكره من قبيل النسبة.

. . . .

بسبب. ولو ادعى الشراء مع القبض فقال وقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت. في الخلاصة تقبل. وحكى في فصول العمادي خلافاً، قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد، وقيل لا لأن دعوى الشراء معتبرة في نفسها لا كالمطلق؛ ألا يرى أنه لا يقضى له بالزوائد في ذلك. وفي زوائد شمس الإسلام: دعوى الدين كدعوى العين، وكذا في شرح الحيل للحلواني، فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقاً، قال شمس الأئمة محمود الأوزجندي: لا تقبل. قال في المحيط في الأقضية: مسألتان يدلان على القبول انتهى. وعندي الوجه القبول لأن أولية الدين لا معنى له، بخلاف العين. وفي فتاوى رشيد الدين: لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لأنهم لما شهدوا بسبب حمل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق. ولو شهدوا أولاً على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لأنه ببعض ما شهدوا به أولاً. ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعاً به، وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة فهو ملك حادث. ولو ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقاً لا تقبل كما لو شهدوا جميعاً بالمطلق ودعوى الملك بسبب الإرث كدعوى الملك المطلق. وإذا أرّخ أحد الشاهدين دون الآخر تقبل في دعوى غير المؤرخ لا في دعوى الملك المؤرخ. ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لأنه أقل وعلى القلب لا تقبل، ولو كان للشراء شهران فأرّخوا شهراً تقبل. وعلى القلب لا، ولو أرّخ المطلق بأن قال هذا العين لي منذ سنة فشهدا أنه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل.

ومن الزيادة والنقص ما تضمنه هذه الفروع التي نذكرها دار في يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعاً فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لأنها أكثر من المدعى به. ادعى داراً واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا شيئاً لا تقبل، وكذا لو استثنى بيتاً ولم يستثنوه إلا إذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل. وفي المحيط نقلاً من الأقضية وأدب

بالكوفة وشهد يوم الفطر بالبصرة، أو ادعى شق زقه وإتلاف ما فيه به وشهد بانشقاقه عنده أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده، أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرهما لم تكن الشهادة موافقة للدعوى. وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط، ألا ترى أن المدعي يقول أدعي على غريمي هذا والشاهد يقول أشهد بذلك، واستدل المصنف على ذلك بقوله: **(لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها)** أما أن تقدّمها فيها شرط لقبولها فلأن القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها، ولا نعني بالخصومة إلا الدعوى، وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب. وأما

قوله: **(أما أن تقدمه)** أقول: الظاهر أن يقال تقدمها قوله: **(فلأن القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها)** أقول: هذا لا يدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقاً. والأصوب أن يقال: لأن الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعي في حقوق العباد ولا يكون ذلك إلا بدعواه سابقاً قوله: **(وأما وجودها عند الموافقة الخ)** أقول: كذا ذكره الشارحون، وعندي الأولى أن يقال: أما وجودها عند الموافقة فظاهر، وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أي دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود فحينئذ لا يرد البحث الثاني أصلاً، على أن الدعوى لو جعلت معدومة لما قبلت لو أتى المدعي بشاهدين آخرين، وأيضاً ما ذكره في الجواب مخالف لما سيأتي في مسألة الشهادة بالألف والخمسمائة إذا ادعى المدعي الألف حيث جعل سكوت المدعي عن الخمسمائة تكذيباً للشاهد وتفسيقاً له ولهذا لم تقبل فليتأمل قوله وعن الثاني: **(عملاً بالأصل)** أقول: مخالف لما سيجيء أن إكذاب المدعي شاهده تفسيق له فراجعه.

. . . .

القاضي للخصاف: إذا ادعى الملك للحال: أي في العين فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لأنها أثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل. قال رشيد الدين بعد ما ذكرها: لا يجوز للقاضي أن يقول: امرو زملك وي مي دانيت. انتهى، ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم. نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج من ملكه فقط، ذكره في المحيط. قال العمادي: فعلى هذا إذا ادعى الدين فشهدا أنه كان له عليه دين كذا ينبغي أن تقبل كما في العين. ومثله إذا ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل، هذا كله إذا شهدوا بالملك في الماضي. أما لو شهدوا باليد له في الماضي لا يقضى به في ظاهر الرواية وإن كانت اليد تسوّغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه. وعن أبي يوسف يقضى بها، وخرّج العمادي على هذا ما في الواقعات: لو أقرّ بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدي الإقرار يشهدان كان عليه دين ولا يشهدان أن له عليه، فقال هذا أيضاً دليل على أنه إذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان عليه تقبل، وهذا غلط فإنه إنما تعرّض لما يسوغ له أن يشهد به لا للقبول وعدمه، بل ربما يؤخذ من منعه إحدى العبارتين دون الأخرى ثبوت القبول في إحداهما دون الأخرى، كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك، وأن القاضي حينئذ لا يقضى بشيء، وسيأتي من مسائل الكتاب إذا علم شاهد الألف أنه قضاه خمسمائة لا يشهد حتي يقرّ بقبضها، والله سبحانه أعلم. وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي أن هذه الجارية كانت ملكي فشهد أنها له اختلف في قبولها. والأصح أنها لا تقبل، وكذا لو ادعى أنه كان له وشهد أنه كان له لا تقبل، وإنما لم تقبل إذا شهدوا على طبق دعواه هذه أنها كانت له لأن إسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال، إذ لا فائدة له في الاقتصار على الماضي إلا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعى به بخلاف الشاهدين إذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما إياه في الحال لجواز قصدهما إلا الاحتراز عن الإخبار بما لا علم لهما به إذ لم يعلما سوى ثبوته في الماضي وقد يكون انتقل فيحترزان عنه وإن كان يثبت للحال بالاستصحاب. وفي الخلاصة: ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة أو رديئة أو وسطاً تقبل ويقضى بالرديء، بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولاً فشهدوا على غير المنخول لا تقبل. وفيها أن من ادعى على رجل ألفاً من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل، وعن هذا ذكر في المسألة المسطورة وهي ما إذا شهدا بألف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع إنه أشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة: هو محمول على أنهما شهدا على إقراره بذلك: أي إقرار المدعى عليه بثمن الجارية لأن بمثله في الإقرار تقبل لما سيأتي في المسألة المذكورة قبلها. وفي الكفالة: إذا شهدوا أنه كفل بألف عن فلان، فقال الطالب هو أقرّ بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لأنهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب. ومثله ادعى أنه آجره داراً وقبض مال الإجارة ومات فانفسخت الإجارة وطلب مال الإجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الإجابة تقبل وإن لم يشهدوا على عقد الإجارة لأنهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الإجارة، ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على إقراره بالمال تقبل. ولو شهد أحدهما به والآخر بالإقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعمدة. وقال قاضيخان: قالوا تقبل عند أبي يوسف. ولو ادعى قرضاً فشهدوا أن المدعي دفع إليه كذا ولم يقولوا

عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لأن الشهادة لتصديق الدعوى، فإذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه قال: تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم، ولكن وجود

قال: (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم

وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع فإن الشهادة على البيع شهادة على الشراء، وإذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد أنه قبض بجهة الأمانة فيحتاج إلى بينة على أنه بجهة القرض إن ادعاه. ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر بإقراره أنه قضاه لا تقبل، ولو شهدوا جميعاً بالإقرار به قبلت. ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل، وكذا لو شهدوا أن فلاناً باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالي جملاً بغير حق مثلاً وذكر سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على إحضاره لأنه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير إليه بالدعوى، فإذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة أحدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين فالواحد لا تقوم به الحجة للقاضي. وإنما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازاً عن حقوق الله سبحانه، فإن دعوى مدّع خاص غير الشاهد ليس شرطاً لقبول الشهادة لأن حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به في إثباته، وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائماً في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهداً من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها إلى خصم آخر قوله: (ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ) أي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى أيضاً لوجوب القضاء. ثم الشرط في تطابق الشاهدين عند أبي حنيفة رحمه الله (في اللفظ والمعنى) والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على إفادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف، حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن (فلو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل) فلم يقض بشيء (عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي ألفين) بخلاف ما لو كان يدعي ألفاً لا يقضي بشيء اتفاقاً لأنه أكذب شاهد الألفين، إلا إن وفق فقال كان لي عليه ألفان فقضاني ألفاً أو أبرأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضي له بالألف. وعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق أصلاً عنده، وعندهما يقضي بالأقل، وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان، وهذا في دعوى الدين. أما في دعوى العين بأن كان في كيس ألفا درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس وهو ألفا درهم له وشهد آخر أن جميع ما في الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لأن ذكر المقدار في المشار إليه مستغنى عنه ذكره الخبازي. وبقولهما قال الشافعي وأحمد رحمهما الله. ثم في رواية عن الشافعي

الشرط لا يستلزم وجود المشروط. والثاني أنه عند المخالفة تعارض كلام المدعي والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعي؟ والجواب عن الأول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك، فإذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول لوجود العلة وانتفاء المانع، لا أن وجود الشرط استلزم وجوده. وعن الثاني بأن الأصل في الشهود العدالة لاسيما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملاً بالأصل. قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة الخ) الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطاً بين الدعوى والشهادة، ولكنهم اختلفوا في أنها شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة، فأما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف، واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف، ولهذا إذا شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية فهي مقبولة، وأما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر

قال المصنف: (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ) أقول: المراد منه تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن، فلا يضر مخالفة اللفظ إذا اتحد المعنى كما في الهبة والعطية والنكاح والتزويج قوله: (الموافقة بين شهادة الشاهدين الخ) أقول: في العموم بحث، فإن موافقة الشهادتين في الكيف ليست شرط القبول عند أبي حنيفة على ما سيجيء في مسألة سرقة البقرة

تقبل الشهادة عنده. وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث. لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسمائة. ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظاً، وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ، وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصّل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال.

وأحمد يستحق الزائد بالحلف عليه **(لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما وصار كالألف والألف والخمسمائة)** حيث اتفقنا على أنه يقضى بالألف وهو أنهما اجتماع على الشهادة بها **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا)** في لفظ غير مرادف **(لأن الألف لا يعبر به عن الألفين)** ويلزمه اختلاف المعنى فإنما **(هما)** أي الألف والألفان **(جملتان)** أي عددان **(متباينتان حصل على كل واحدة منهما شاهد وصار كما إذا اختلف جنس المال)** بأن شهد أحدهما بكرّ شعير والآخر بكرّ حنطة أو بمائة بيض والآخر بمائة سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شيء أصلاً لأن المدعي كذب شاهد البيض، إلا أن يوفق المدعي فيقول كان لي البيض فأبرأته من صفة الجودة فتقبل حينئذ، أما لو كان يدعي البيض ولها مزية فإنه يقضي بالسود، ولم يحكوا خلافاً ذكره في الخلاصة عن الأقضية. وكذا لو شهدا لمدعي كرّ حنطة وقال أحدهما جيدة وقال الآخر رديئة والدعوى بالأفضل يقضي بالأقل، وكذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية وقال الآخر بخارية والمدعي

بالتضمن فقد نفاه أبو حنيفة وجوازه **(فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده وقالا: تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي ألفين** وهو دين **وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة)** وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به أحدهما، كما إذا ادعى ألفاً وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيجيء **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظاً)** لأن أحدهما مفرد والآخر تثنية، واختلاف الألفاظ إفراداً وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة، وإن شئت بالتثنية فإن الألف لا يعبر به عن الألفين لا حقيقة ولا مجازاً والألفان لا يعبر بهما عن الألف كذلك فكان كلام كل منهما كلاماً مبايناً لكلام الآخر **(وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد)** فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافها في جنس المال شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة، قيل ذكر في المبسوط إذا ادعى ألفين وشهد بألف قبلت بالاتفاق، ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب أبي حنيفة عن ذلك؟ وأجيب بأن اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين، فإنه لو ادعى الغصب وشهدا بالإقرار به قبلت، ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر

وشرط بين الدعوى والشهادة كما صرح به الإمام التمرتاشي هناك، وكذا الموافقة في الحكم بين الدعوى والشهادة ليست مشروطة كما يجيء في المبسوط وصرح قاضيخان، نعم للشارح تردد فيه قوله: **(وأما اختلافه بحيث، إلى قوله: بالتضمن)** أقول: كتب في هامش الكتاب من خط الشارح ما هو صورته: إطلاق التضمن هاهنا ليس على اصطلاح أهل المعقول لأنهما نوعان عندهم على ما عرف في موضعه انتهى. فأقول: في قوله نوعان عندهم بحث قال المصنف: **(وذلك يدل على اختلاف المعنى)** أقول: فيه إشارة إلى أن المعتبر عنده هو الاتفاق في المعنى، واعتبار اتفاق اللفظ ضرورة أن اتفاق المعنى لا يحصل إلا عنده فتدبر قال المصنف: **(وهذا لأن الألف لا يعبر به الخ)** أقول: وأيضاً إن شرط الشهادة خالق الدعوى، كما لأن المدعي يدعي الألفين وهو اسم لعدد معلوم لا يقع على ما دون ذلك فلم يكن الألف المفرد مدعى فانفردت الشهادة عن الدعوى قال المصنف: **(فصار كما إذا اختلف جنس المال الخ)** أقول: ولا يخالف الشهادة فيها الدعوى، كما لأن الألف والخمسمائة اسم لعددين؛ ألا يرى أنه يعطف أحدهما على الآخر فكان كل بانفراده داخلاً تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليها تكون قائمة على كل واحد منهما مقصوداً، فإذا شهد أحدهما بألف فقد شهد بأحد العددين الداخلين تحت الدعوى فحصلت الموافقة في عدد الألف تأمل قوله: **(لا حقيقة ولا مجازاً)** أقول: مسلم: ألا يرى إلى قوله:

قفا نبك من ذكرى حبيب ومنزل

. . . .

يدعي النيسابورية وهي أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ويحتاج إلى الفرق على قول أبي حنيفة وهو أنهما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة. فإن قيل: لم يقع جواب قولهما الشاهد بالألفين شاهد بالألف في ضمنهما فاجتمعا عليها وتفرد أحدهما بالزيادة فلا يقبل. أجيب بأنه ما شهد بها إلا من حيث هي جزء الألفين، فإنما تثبت الألف في ضمن ثبوت الألفين لأن المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم يثبت الألفان فلم يثبت الألف. فإن قيل: يشكل على قوله ما لو ادعى ألفين وشهدا بألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهي شرط على قول الكل. وما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببينونة أصلاً مع إفادتهما معاً البينونة. وتقدم أن اختلاف اللفظ له وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل. أجيب عن الأول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين، ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا بإقراره به تقبل، ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على إقراره به لا تقبل، وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة، فإنه لما كان يدعي ألفين كان مدعياً الألف وقد شهد به اثنان صريحاً فتقبل، بخلاف شهادتهما بالألف والألفين لم ينص شاهد الألفين على الألف إلا من حيث هي ألفان ولم يثبت الألفان. وفي المبسوط والأسرار: الذي يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة: يعني قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلاث لا على شاهدي الواحدة، ولو اعتبر ما قالا إن الواحدة توحد في الثلاث كان الضمان عليهما جميعاً، ولا يلزم ما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة تقع الواحدة لأن التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض إليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء كما لو طلقها ألفا يقع الثلاث لملكه العدد، غير أنه لغا ما فوق الثلاث شرعاً. وأما عن الثاني فيمنع الترادف لأن معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس إلا باعتبار

بالإقرار به لم تقبل. ولقائل أن يقول: قد تقدم في تلقين الشاهد إذا كان في موضع التهمة بأن ادعى ألفاً وخمسمائة وأنكر المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهدان بألف فالقاضي يقول يحتمل أنه أبرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علماً بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي أنه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسألة وما نقلت من المبسوط ما ترى من التنافي. فالحق في الجواب لأبي حنيفة أن يحمل ما نقل عن المبسوط على ما إذا وفق الشهادة بدعوى الإبراء أو الإيفاء، ولا يلزم أبا حنيفة ما إذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة كان ذلك منها جواباً فوقعت واحدة، ولا ما إذا قال لها أنت طلق ألفاً فإنه يقع ثلاث لأن الأكثر في ذلك ثابت فيتضمن لأقل، وليس فيما نحن فيه كذلك لأن الأكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء.

قوله: (ذكر في المبسوط، إلى قوله: وأجيب) أقول: ذكر قاضيخان في فتاواه إن كان المدعى به ديناً فشهدوا بأقل مما ادعاه المدعي نحو ما إذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهدوا بخمسمائة من غير دعوى التوفيق، وكذا لو ادعى ألفاً وشهدوا بخمسمائة يقضي بخمسمائة، ولو ادعى ألفاً وشهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة لا يقضى بشيء في قول أبي حنيفة لأن عنده اتفاق الشاهدين على المشهود به شرط ولا يوجد، بخلاف ما تقدم لأن ثمة اتفق الشاهدان على خمسمائة، والموافق بين الدعوى والشهادة لفظاً ليس بشرط عنده فتقبل شهادتهما على الخمسمائة بغير توفيق ا هـ قوله: (ووجوب الموافقة الخ) أقول: الواو للحالية قوله: (ولقائل أن يقول قد تقدم الخ) أقول: قبيل باب الحبس في كتاب القاضي قوله: (أنه لا يجوز بالاتفاق) أقول: أي التلقين إذ الكلام فيه وليس فيه نفي قبول الشهادة حتى يثبت التنافي، وجوابه ظاهر، فإنه إذا كانت الشهادة مقبولة في هذه الصورة لم يكن موضع التهمة ولا يكون التلقين غير جائز كما لا يخفى. قوله: (فوقعت واحدة) أقول: وذلك لكون الثلاث صارت في يدها مع أبعاضها كمن ملك عبداً يملك رجله ويده فلها أن توقع كلها أو بعضها قوله: (لأن الأكثر في ذلك ثابت) أقول: إن أراد ثابت لفظاً ففي محل النزاع كذلك أو حكماً ففيه بحث إذ ليس في الشرع ألف طلاق.

قال: (وإذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفاً وخمسمائة قبلت الشهادة على

معنى اللغة ولذا قلنا إن الكنايات عوامل بحقائقها فهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين، غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة، والمتباينات قد تشترك في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى، فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فإن هذا يقول: ما وقعت البينونة إلا بوصفها بخلية والآخر يقول لم تقع إلا بوصفها ببرية وإلا فلم تقع البينونة. هذا كله إذا لم يدّع المدعي عقداً، أما إن ادعى المال في ضمن دعوى العقد من البيع والإجارة، فالجواب ما ستعلمه في آخر الباب. واعلم أن من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبي حنيفة، ذكرها ولم يذكر خلافاً بل أشار إلى أنها اتفاقية، فإنه ذكر فيما إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبداً على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها قال أجعل لزيد ثلث غلتها الذي أجمعا عليه والباقي للمساكين، وكذا إذا سمى أحدهما مالاً لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما أجمعا عليه وكذا إذا شهد أحدهما أنه قال يعطي لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسع عياله بلمعروف وقال الآخر يعطي ألفاً قال أقدّر نفقته وعياله في العام، فإن كانت أكثر من الألف حكمت له بالألف أو الألف أكثر أعطيته نفقته والباقي للمساكين، هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال: قلت فلم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظهما؟ قال: المعنى فيه أنه إنما أراد الواقف إلى أن لزيد بعض هذه الغلة فأجعل له الأقل انتهى. فإيراد هذا السؤال هو الذي ذكرت أنه أشار إلى أنها اتفاقية، فإن إيراده ليس إلا باعتبار قول أبي حنيفة، وقوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه، ثم قال: هذا استحسان، والقياس أن الشهادة باطلة انتهى. وحاصله أنا علمنا استحقاقه بعض هذا المال وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر.

[فروع] ادعى بالمبيع عيباً فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على إقرار البائع به لا تقبل، كما لو ادعى عيناً أنه له فشهد أحدهما أنه ملكه والآخر على إقرار ذي اليد أنه ملكه لا تقبل، ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على إقرار الراهن بقبضه لا تقبل. قال ظهير الدين: الرهن في هذا كالغصب، وكذا الوديعة لو أعادها فشهدا بإقرار المودع قبلت، ولو شهد أحدهما بها والآخر بالإقرار بها لا تقبل على قياس الغصب. وعلى قياس القرض تقبل، بخلاف ما لو ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقرّ بذلك تقبل للموافقة لأن البيع في الإخبار والإنشاء واحد. ومثله ادّعت صداقها فقال وهبتني إياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الإبراء تقبل للموافقة لأن حكمهما واحد وهو السقوط. وقيل لا للاختلاف لأن الإبراء إسقاط والهبة تمليك. والأول أوجه لأنه وإن كان إسقاطاً يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد، ولو شهد على إقرار المدعى عليه أن المدعى به في يده والآخر أنه في يده لا تقبل. وفي المحيط: ادعى داراً فشهد أنها داره والآخر على إقرار ذي اليد أنها له لا تقبل، بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الإقرار به تقبل، بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على إقراره بها لا تقبل، وبخلاف ما إذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل، بخلاف ما إذا شهد الآخر أنها كانت في يده. وإذا راجعت القاعدة التي نذكرها من الفرق بين اختلاف الشاهدين في القول والفعل خرّجت كثيراً من الفروع، والله سبحانه العليم قوله: **(وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة على ألف)** بالاتفاق عندهما ظاهر، وعنده لأنهما اتفقا على الألف لفظاً ومعنى،

قال: **(وإذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة الخ)** ولما تقدم أن اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول **(إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي الأكثر قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر المعطوف عليه)** ونظيره إذا شهد

الألف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول، ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون، بخلاف العشرة والخمسة عشر لأنه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الألف والألفين **(وإن قال المدعي لم يكن لي عليه إلا الألف فشهادة الذي شهد بالألف والخمسمائة باطلة)** لأنه كذبه المدعي في المشهود به، وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لأن التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق، ولو قال كان أصل حقي ألفاً وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه.

وانفراد أحدهما بالشهادة بجملة أخرى منصوص على خصوص كميتها لا يقدح في الشهادة بالألف، كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما، ولو كان إنما يدعي الألف وسكت عن التوفيق لم يقض بشيء لأنه إكذاب لشاهد الألف وخمسمائة ظاهراً، لأن السكوت في موضع البيان بيان إلا إن وفق فقال كان حقي ألفاً وخمسمائة فقضاني أو أبرأته من خمسمائة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحاً لا يقضى بشيء، ولا يكفي احتمال التوفيق في الأصح، بخلاف ما إذا قال ما كان لي إلا ألف لأنه إكذاب صريح لا يحتمله التوفيق فلا يقضى بشيء قوله: **(وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قضى بالألف لقبول شهادتهما عليها، ولم يسمع قوله إنه قضاه لأنه شهادة فرد)** بسقوط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل **(إلا أن يشهد معه آخر وعن أبي يوسف)** رحمه الله في غير المشهور عنه **(أنه يقضى بخمسمائة)** فقط **(لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس إلا خمسمائة. وجوابه ما قلنا)** يعني قول لاتفاقهما عليه، يعني فبعد ثبوت الألف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل، بخلاف ما لو شهدا بألف وقال أحدهما إنه قضاه إياها بعد قرضه فإنه يقضى بالكل على قول الكل وعن أبي يوسف: لا تقبل شهادة شاهد القضاء، وذكروا قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية فإنه إكذاب من المدعي فهو كما لو فسقه. وجه الظاهر ما قدمناه من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما إلى آخره ولا يلزم من الإكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطاً له **(قال)** القدوري **(وينبغي للشاهد إذا علم بذلك)** أي بقضاء الخمسمائة **(أن لا يشهد حتى يعترف المدعي بقبضها)** لأنه لو شهد فإما بالألف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضى فيها بألف فيضيع حق المدعى عليه. وإما بخمسمائة يثبت اختلافهما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة. وفيه لا تقبل الشهادة أصلاً على قول أبي حنيفة فيضيع حق المدعي.

أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف أو بمائة أو بمائة وخمسين، بخلاف ما إذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لأنه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالألف والألفين، هذا إذا كان المدعي يدعي الأكثر، وأما إذا ادعى الأقل وقال: **(لم يكن لي إلا الألف فشهادة من شهد بالأكثر باطلة)** لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يبق له إلا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء. فإن قيل: لم يكذبه إلا في البعض فما بال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما قضى بالباقي في الإقرار إذا كذب المقرّ في بعض ما أقرّ به؟ أجيب بأن تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق، بخلاف الإقرار لأن عدالة المقرّ ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الإقرار قوله: **(وكذا إذا سكت)** يعني إذا ادعى الأقل وسكت عن قوله لم يكن إلا الألف، والمسألة بحالها لا يقضي له بشيء **(لأن التكذيب ثابت ظاهراً)** فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لأن التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الأصح، وعلى هذا لو قال: كان أصل حقي ألفاً وخمسمائة ولكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق. وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعي أقل المالين إذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلاثة: إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق والتوفيق، أو يوفق. وجواب الأولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر. قال: **(وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة)** إذا ادعى ألفاً شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة **(قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله إنه قضاه لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر)** فإن قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لأنه إذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعي على المدعى عليه ألف بل خمسمائة لا غير. أجيب بأن قضاء الدين إنما هو بطريق المقاصة وذلك

قال: (**وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف**) لاتفاقهما عليه (**ولم يسمع قوله إنه قضاه**) لأنه شهادة فرد (**إلا أن يشهد معه آخر**) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضي بخمسمائة، لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة. وجوابه ما قلنا.

قال: (**وينبغي للشاهد**) إذا علم بذلك (**أن لا يشهد بألف حتى يقرّ المدعي أنه قبض خمسمائة**) كي لا يصير معيناً على الظلم. (**وفي الجامع الصغير: رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها،**

فالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه، والمراد هنا من لفظ لا ينبغي نص عليه في جامع أبي الليث، ومن هذا النوع: رجل أقرّ عند قوم أن لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر إلى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فإنه قضاه كله فالشهود بالخيار إن شاءوا امتنعوا عن الشهادة وإن شاءوا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء، فإن كان المخبرون عدولاً لا يقضي القاضي بالمال، هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام، ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة، وكذا إذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا أداء الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثاً أو قيل عاينا امرأة أرضعتهما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولي إن كان واحداً شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا، وكذا لو رأى عينا في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك فأراد أن يشهد بالملك له فأخبره عدلان أن الملك للثاني لا يسعه أن يشهد بالملك للأول، ولو أخبراه أنه باعه من ذي اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما. هذا وإنما نص على مسألة الجامع بعد مسألة القدوري لأنه قد يتوهم أن تفريعها عليها على رواية أبي يوسف التي نقلها يقتضي أنه لو شهد أحدهما بألف فقال أحدهما قضاه إياها أن لا يقضى بشيء على رواية أبي يوسف فذكرها للإعلام بالفرق. وقيل لأنه قد كان لقائل أن يقول في مسألة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متقدماً لأن في مسألة الأولى للشاهد أن يقول: أنا تحملت الشهادة وأحتاج إلى الخروج منها وقد قضاه

بقبض العين مكان الدين الذي هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به أولاً وهو الدين فلم يعد متناقضاً (**وعن أبي يوسف أنه يقضي بخمسمائة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة**) لأن القبض بطريق التملك لما أوجب الضمان بطلت مطالبة ربّ الدين غريمه عن خمسمائة، فلم يكن الدين إلا خمسمائة، فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة، وفي ذلك يقضي بالأقل كما قلنا في الألف والألفين، إلا أن محمداً خالفه هنا لأن ذلك فيما تكون الشهادة بالأقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك اهـ (**وجوابه ما قلنا**) أنهما اتفقا على وجوب الألف وانفرد أحدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة. وعورض بأن المدعي كذب من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له، وكيف يقضي بشهادته وجوابه سيأتي قوله: (**وينبغي للشاهد**) يعني أن الشاهد بقضاء خمسمائة إذا علم بذلك ينبغي أن لا يشهد بألف حتى يقرّ المدعي أنه قبض خمسمائة كي لا يصير معيناً على الظلم بعلمه بدعواه بغير (**حق وفي الجامع الصغير: رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء**) والفرق بين مسألة الجامع الصغير وبين ما ذكرت قبلها أن في مسألة الجامع شهد أحد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه (**وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا يقبل، وهو قول زفر لأن المدعي أكذب شاهد القضاء**) وهو تفسيق له (**قلنا: هذا**) إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض، لأنه أكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الأول لا محالة، ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص آخر قبل أن يشهدا له فأكذبهم. وحاصله أن إكذاب المدعي

قوله: (**مكان الدين الذي هو غيره**) أقول: الضمير المرفوع للدين والمجرور للعين ويجوز العكس قوله: (**وجوابه ما قلنا إنما اتفقا على وجوب الألف**) أقول: إن أريد أنهما اتفقا على وجوب الألف الآن فمسلم، وإن أريد على وجوبه سابقاً فالاستصحاب لا يكون حجة للاستحقاق. قلنا: الظاهر الأول، فإن قضاء الدين إذا كان بطريق المقاصة يثبت الوجوب الآن كما لا يخفى، والمراد من كون القضاء تلواً للوجوب ترتبه عليه ترتباً ذاتياً لا زمانياً فليتأمل.

فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا. وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل، وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعي أكذب شاهد القضاء. قلنا: هذا إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول.

قال: **(وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين)** لأن إحداهما كاذبة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى **(فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل)** لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية.

خمسمائة ولكني أشهد كما أشهدت عليه وهو ألف، فإذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضى له بالألف. أما في مسألة الجامع فالشاهد يذكر أن الشهادة سقطت عنه وليس على أداؤها فشهادتي باطلة فلا يقضى بالألف، فرواية الجامع الصغير أزالت هذه الشبهة وأثبتت جواز الشهادة. واستروح في النهاية فقال: التفاوت بين مسألة الجامع والمسألة التي قبلها أن في مسألة الجامع أحد الشاهدين شهد بقضاء المديون كل الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين قوله: **(وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقض)** بواحدة منهما، فلو لم يجتمعوا بل شهدا أنه قتله بمكة فقضى بها ثم شهد آخران أنه بالكوفة فإنه يقتل المشهود عليه. أما الأول فلكذب إحداهما بيقين ولا أولوية فلا قبول. وأما الثاني فللأولوية باتصال القضاء الصحيح بها فإنه حين قضى بالأولى لا معارض لها إذ ذاك فنفذ شرعاً فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعاً بحدوث معارض، كمن له ثوبان في أحدهما نجاسة شك في تعيينه فتحرى وصلى في أحدهما ثم وقع ظنه على طهارة الآخر لا يصلي فيه ولا تبطل صلاته في الأول لأنه ثبت بتحريه الأول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحري الثاني في رفعه. وكذا الاختلاف في الآلة، قال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل، وكذا إن شهد بالقتل والآخر بالإقرار به لا تقبل لاختلاف المشهود به لأن القول غير الفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما نصاب، وكذا الضرب الواقع أمس وبتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالأخرى حقيقة ولا حكماً، لأنه لا يمكن جعل الفعل الثاني إخباراً عن الأول ليتحد الفعل نفسه، وكل ما هو من باب الفعل كالشج والجناية مطلقاً والغصب أو من باب القول المشروط في صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه إحضار الشهود فاختلافهما في الزمان أو المكان أو الإنشاء أو الإقرار يمنع القبول لما ذكرنا، إذ المراد بالإنشاء والإقرار ذكر أن إنشاء الفعل والإقرار به. مثاله: ما لو ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به لا تقبل، ولو شهدا جميعاً بالإقرار به قبلت، بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والرهن والإقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول، فإن القول مما يتكرر بصيغة

لشهوده تفسيق له لكونه اختيارياً، وأما إكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لأنه لضرورة الدفع عن نفسه. قال: **(وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة الخ)** قد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول، فإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضي القاضي بالأولى لم يقبلهما لأن إحداهما كاذبة بيقين، إذ العرض الواحد: أعني القتل لا يمكن أن يكون في مكانين وليست إحداهما بأولى من الأخرى **(فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بما ليست مثلها)** قال: **(وإذا شهدا على رجل**

قال المصنف: **(وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه الخ)** أقول: والأشهر أن يكون هذا قول أبي يوسف قال المصنف: **(ومثله لا يمنع القبول)** أقول: والمفهوم من كلام قاضيخان أنه إنما لم يمنع إذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بباطل أو زور قوله وحاصله إلى قوله: **(تفسيق له)** أقول: الظاهر أن يقال تفسيق لهم.

قوله: **(فليس بتفسيق)** أقول أي حكماً قوله: **(قد ذكرنا أن اختلاف الخ)** أقول: أي علم مما ذكرنا التزاماً.

(وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع، وإن قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثوراً لم يقطع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله **(وقالا: لا يقطع في الوجهين)** جميعاً، وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض، وقيل هو في جميع الألوان. لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى، لأن أمر الحدّ أهم وصار كالذكورة والأنوثة. وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره

واحدة إنشاء وإخباراً وهو في القرض بحمله على قول المقرض أقرضتك، وكذا يقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وإن كانا يشهدان بمعاينة القبض لأن القبض يكون غير مرة. وفي المحيط: ادعى عينا في يد رجل أنها ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقاً لا تقبل، لأن شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غيره في الحال، كما لو ادعى القتل من شهر فشهدوا به في الحال، وكذا لو ادعى القتل مطلقاً وشهدوا به من شهر لأنه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل إلا إذا وفق وقال أردت من المطلق الفعل من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توفيق لأن المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ فقد شهدوا بأقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر أن من الفعل القبض.

ومن الفروع على الأصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به أمس تقبل لأنه قول، ولو ادعى النكاح أول من أمس فشهدوا به أمس لا تقبل لأنه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب، هذا كله مذهبنا. وقال الشافعي وأحمد في ظاهر روايته، اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل إلا إذا شهدا أنه طلقها يوم الخميس وقال الآخر أقرّ بطلاقها يوم الجمعة، وإذا شهدا على إقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت. ولو ادعى البيع وشهدا على إقرار البائع به واختلفا في الزمان أو المكان قبلت، وكذا لو شهد أحدهما بالبيع والشراء والآخر على الإقرار به تقبل لأن لفظهما سواء في الإقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى: لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك قوله: **(وإذا شهدا الخ)** صورتها: ادعى على رجل أنه سرق بقرة ولم يذكر لها لوناً وأقام بينة فشهد

أنه سرق بقرة) وقد ذكرنا أن اختلافهما في الكيف يمنع القبول فإذا شهدا على رجل بسرقة بقرة **(واختلفا في لونها قطع)** سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد أولاً كالسواد والبياض عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصح. وقيل إن كانا يتشابهان قبلت وإلا فلا، وإن اختلفا في الذكورة والأنوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعاً لأن سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما لصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسألة بحالها فإنها لم تقبل بالاتفاق، بل هذا أولى لأن أمر الحد أهم لكونه مما يندرىء بالشبهات وفيه إتلاف نصف الآدمي فصار كالذكورة والأنوثة في المغايرة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد لكون السرقة فيها غالباً **(واللونان يتشابهان)** كالحمرة والصفرة **(أو يجتمعان)** بأن تكون بلقاء أحد جانبيها أسود يبصره أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر، وإذا كان

قوله: **(فإذا شهدا على رجل الخ)** أقول: هذا لا يتفرع على ما فرع عليه، فإنه إذا امتنع القبول يجب أن لا يقطع، إلا أن يقال: ضمير اختلافهما راجع إلى الشاهد والمدعي لا إلى الشاهدين، لكن لا يخفى عليك بعده قوله: **(فلم يتم على كل واحد)** أقول: الأولى حذف كلمة كل قال المصنف: **(لأن أمر الحد أهم)** أقول: لعله من الهمة أو من الهم بمعنى الحزن قوله: **(أحدهما أن طلب التوفيق هاهنا احتيال الخ)** أقول: في الكافي الاشتغال بالتوفيق بين كلامي الشاهدين احتيال لإيجاب الحد والحد يحتال لدرئه. قلنا: الشهادة من حجج الشرع والأصل في حجج الشرع قبولها لا ردها فيشتغل بالتوفيق صيانة للحجة عن التعطيل لا لإيجاب الحد. ثم إذا وفقنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصداً انتهى؛ ولعل هذا الجواب وجه القياس الذي ذكره الشارح في جواب البحث الثاني، ثم إن الشارح قد أجاب عن السؤال بجواب الكافي أيضاً في باب الشهادة على الزنا من كتاب الحدود فراجعه قوله: **(والثاني أن التوفيق وإن كان الخ)** أقول: كما سلف في الدرس السابق.

البياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده، بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه، والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه.

أحدهما بسرقته حمراء والآخر سوداء. قال أبو حنيفة رحمه الله: تقبل ويقطع، وقالا هما والأئمة الثلاثة لا يقطع، ولو أن المسروق منه عين لوناً كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعاً لأنه كذب أحد شاهديه، ولا فرق فيما إذا لم يعين المدعي لوناً بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة أو متباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف. وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والأصح الأول، ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط والظهيرية، وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقاً فقال أحدهما هروي والآخر مروي، ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل إجماعاً لما ذكرنا من الفرق بين السرقة ولاغصب بقليل تأمل. لهما أنهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فكان كما لو اختلفا في ذكورتها وأنوثتها أو في قيمتها لا تقبل كذا هذا. وأيضاً بطريق الدلالة في الغصب فإنهما لو شهدا على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء أو حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها إثبات حد فلأن لا تقبل فيم يوجب حداً أولى لأن الحد أعسر إثباتاً فإنه لا يثبت بشهادة النساء. وأما ما زيد من أنه لا يثبت بأقل من أربعة فليس مما فيه الكلام: أعني السرقة بل يخص الزنا. ولأبي حنيفة أن بمجرد شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعي لوناً خاصاً يثبت الحد، ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به، وهذا لأنهما لم يكلفا علم لونها، فإنهما لو قالا لا نعلم لونا لا تسقط شهادتهما ويجب الحد، واختلافهما في أمر زائد لا يلزمهما مما ليس مدعى به لا يبطل الحد، كما لو اختلفا في ثياب السارق فقال أحدهما سرقها وعليه ثوب أحمر وقال الآخر أبيض فإنه يقطع، وكما لو اختلفا في مكان الزنا من البيت فقال أحدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فإنه يحد، وعلى هذا فلا حاجة في قبولها إلى التوفيق كما فهمه العلامة السرخسي، غير أنا تبرعنا بالتوفيق بما ذكر من أن السرقة تكون غالباً ليلاً ونظر الشاهد من بعيد، وذلك سبب اشتباه اللون إذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وإن كانا متباعدين في البلقاء فيرى كل لوناً غير الآخر فيحمل اختلافهما على أحد الأمرين، فعلى الأول أو الثاني إذا اختلفا في المتقاربين، وعلى الثاني فقط في المتباعدين. بخلاف الغصب فإنه يقع نهاراً فلا اشتباه فيه،

التوفيق ممكناً وجب القبول كما إذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن طلب التوفيق هاهنا احتيال لإثبات الحدّ وهو القطع، والحدّ يحتال لدرئه لا لإثباته. والثاني أن التوفيق وإن كان ممكناً ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر إمكانه فيما يدرأ بها. والجواب عن الأول أن ذلك إنما كان احتيالاً لإثباته أن لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصاباً فيقطع به أو لا، وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالاً لإثبات الحد لإمكان ثبوته بدونه؛ ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله إلى مجلس الحكم، بخلاف الذكورة والأنوثة فإنهما يكلفان النقل بذلك لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافاً في صلب الشهادة. وعن الثاني بأنه جواب القياس لأن القياس اعتبار إمكان التوفيق، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا، والله أعلم بالصواب قوله: **(بخلاف الغصب)** جواب عن مسألة الغصب بأن التحمل فيه بالنهار إذ الغصب يكون فيه غالباً على قرب منه. وقوله: **(والذكورة والأنوثة)** جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فإنهما لا يجتمعان في واحد، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج إلى التوفيق. قال: **(ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف الخ)** رجل ادعى على آخر أنه باعه هذا العبد بألف أو بألف وخمسمائة وأنكر البائع ذلك فشهد شاهد بألف وآخر بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لأن المشهود به مختلف، إذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم إثباته وهو مختلف

قال: **(ومن شهد لرجل أنه اشترى عبداً من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة) لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد،**

وبخلاف الذكورة والأنوثة لأنهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيعلم أن المسروق بلغ نصاباً أو لا، ولأن ذكره الذكورة دليل على أنه رآه من قريب وتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق، فالاختلاف وإن كان في زيادة فقد شغب بها على نفسه فظهر أن هذا التوفيق ليس احتياطاً لإثبات الحد، كما لم يكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزنا من البيت بأنهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان إلى مكان احتياطاً لإثباته، ولا أن وجه قولهما أدق وأحق من قوله كما ظنه صاحب الأسرار. وما قيل إن التوفيق لإثبات الحقوق واجب فيفعل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حينئذ إن لم يصح منع وجوبه مطلقاً بل إذا لم يستلزم وجوب حد قوله: **(ومن شهد لرجل الخ)** صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهداً بألف وشهداً بألف وخمسمائة، قال: يعني أبا حنيفة رحمه الله هذا باطل إلى آخر ما هناك، فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة قضى بألف بالاتفاق بين الثلاثة، وهنا لا تقبل في شيء، ولو كان المدعي يدعي ألفاً وخمسمائة فلا بد من بيانه وهو أن ذلك فيما إذا ادعى ديناً فقط والمقصود هنا دعوى العقد، ألا ترى إلى قوله في الجامع فينكر البائع البيع، ولأنه لو كان المقصود الدين لم يحتج إلى ذكر السبب، وإذا كان المدعي به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لأن الثمن من أركانه والمركب الذي بعض أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلاً **(ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه)** وهو الشاهد بالألف **(وكذا إذا كان المدعي هو البائع)** بأن ادعى أنه باعه بألف وخمسمائة فأنكر المشتري الشراء فأقام الشاهدين كذلك **(ولا فرق بين أن يدعي المدعي منهما أكثر المالين أو أقلهما لما بينا)** من اختلافهما في المشهود به والتكذيب من المدعي.

باختلاف الثمن، إذ الشراء بألف غيره بألف وخمسمائة، واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة. فإن قيل: لا نسلم أن المقصود إثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة إليه. أجيب بأن دعوى السبب المعين دليل على أن ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك، إذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج إلى سبب معين، فإن الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب. فإن قيل: التوفيق ممكن لجواز أن يكون الثمن أولاً ألفا فزاد في الثمن وعرف به أحدهما دون الآخر. أجيب بأن السيد الشهيد أبا القاسم السمرقندي ذهب إلى ذلك وقال: تقبل الشهادة، بخلاف ما إذا شهدا بجنسين كألف درهم ومائة دينار. ووجه ما في الكتاب أن الشراء بألف وخمسمائة إنما يكون إذا كان الألف والخمسمائة ملصقين بالشراء، وأما إذا اشترى بألف درهم ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن قوله: **(ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه)** دليل آخر على ذلك **(وكذا إذا كان المدعي هو البائع)** سواء ادعى البيع بألف أو بألف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا أن المقصود هو السبب، وكذا إذا كانت الدعوى في الكتابة، أما إذا كان يدعيها العبد فلا خفاء فى كون العقد مقصوداً، وأما إذا كان هو المولى فلأن العتق لا يثبت قبل الأداء

قوله: **(وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه)** أقول: إذا كانت الشهادة بالذكورة والأنوثة واجبة والوقوف على ذلك بالقرب منه كيف يستقيم قوله فيما سبق لأن التحمل في الليالي من بعيد قال المصنف: **(على كل واحد منهما)** أقول: لفظة كل مما لا حاجة إليه قوله: **(أجيب بأن دعوى السبب المعين الخ)** أقول: وفيه بحث، فإن دعوى السبب المعين لا نسلم أنها تدل على ما ذكره، بل ذلك لضرورة انحصار الوسيلة إلى المقصود فيها، لأنه لو ادعى الملك المطلق فيما يملكه بسبب البيع لم يشهد شاهداه به تحرزاً عن الكذب، إذ المطلق غير الملك بسبب فإنهما مختلفان حيث ثبت الملك من الأصل حتى يستحق المدعي بزوائده، ولا كذلك مطلق الملك الحادث وتفصيله في الكنز وشرحه للزيلعي في أول باب الاختلاف في الشهادة. ثم أقول: إذا ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا بالملك بسبب قبلت، لأن الملك بسبب أقل من المطلق، ولو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل وبه يظهر جواب البحث.

ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه وكذلك إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا **(وكذلك الكتابة)** لأن المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر، وكذا إذا كان هو المولى لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكأن المقصود إثبات السبب **(وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا**

وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الإمام الشهيد السمرقندي: تقبل لأن الشراء الواحد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يزاد في الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد، بخلاف ما لو قال أحدهما اشترى بألف والآخر بمائة دينار، لأن الشراء لا يكون بألف ثم يكون بمائة دينار. وقال بعض المحققين من الشارحين: فيه نوع تأمل، كأنه والله تعالى أعلم لو جاز لزم القضاء ببيع بلا ثمن إذ لم يثبت أحد الثمنين بشهادتهما، ثم لا يفيد لأنه تعوّد الخصومة كما كانت في الألف والخمسمائة المدعى بها، وإنما كان السبب وسيلة إلي إثباتها.

ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف: إحداها هذه. والثانية الكتابة ذكرها في الجامع. قال: وكذلك الكتابة إذا ادعاها العبد وأنكر المولى: يعني الكتابة على وزن ما ذكر في البيع زاد المصنف فقال وكذا إذا كان المدعي هو المولى لأن دعوى السيد المال على عبده لا تصح، إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه يتصور له عليه دين إلا به، فالشهادة ليست إلا لإثباتها. الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إن كان المدعي هو المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد، لأن المقصود إثبات العقد لأنه هو الذي يفيدهم الخلاص وهو مقصودهم **(وإن كان الدعوى من الجانب الآخر)** وهو: الزوج والمولى وولي القتيل **(فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه)** وهو أنه إذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالأقل، فإن كان الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالأقل اتفاقاً، وإن كان بدونه كألف وألفين فكذلك عندهما، وعند أبي حنيفة لا يقضى بشيء، وهذا **(لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى إلا في الدين)** والسادسة الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا تقبل الشهادة بشيء أصلاً لأن قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح **(لأنه)** أي الراهن **(لا حظّ له في الرهن)** أي لا يقدر على

فكان المقصود إثبات العقد، وفيه نظر لفظاً ومعنى. أما الأول فلأنه قال العتق لا يثبت قبل الأداء، وذلك مشعر بأن مقصود المولى هو العتق والأداء هو السبب، وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة. وأما الثاني فلأن المولى إذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ. والجواب عن الأول أن تقريره بدل العتق لا يثبت قبل الأداء والأداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة. أو يقال معناه أن المقصود المولى هو العتق والعتق لا يقع قبل الأداء والأداء لا يثبت بدون الكتابة فكانت هي المقصودة. وعن الثاني بأن قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ ويخاصم لأدنى البدلين **(وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد)** أما أن المدعي إذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصوداً والحاجة ماسة إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه، وإن كانت الدعوى من جانب الزوج بأن قال خالعتك على ألف وخمسمائة والمرأة تدعي الألف، أو قال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعي الألف، أو قال ولي القصاص صالحتك بألف وخمسمائة والقاتل يدعي الألف فهو بمنزلة

قوله: **(فإن قيل التوفيق ممكن الخ)** أقول: إمكان التوفيق لا يفيد كما سبق عن قريب قوله: **(وأما إذا اشترى بألف إلى قوله بأصل الثمن)** أقول: فيه إن ما ذكره لا يتمشى في احتمال أن يكون الثمن أولاً ألفاً وخمسمائة ثم حط خمسمائة حيث لا يأخذ الشفيع بأصل الثمن، وأيضاً إذا كان الثمن أولاً ألفاً ثم زاد تكون المرابحة والتولية بالزيادة مع أن المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول بزيادة ربح، والتولية كذلك من غير زيادة ربح، وإنما يأخذ الشفيع بأصل الثمن في الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه. وجوابه أن قوله ولهذا الخ تنوير لا يجب اطراده قوله: **(قوله ولأن المدعي الخ)** أقول: إن لم يلاحظ مقصودية السبب والمدعي يدعي الأكثر فلا نسلم الإكذاب والسند ظاهر، وإن لوحظت يؤول إلى الدليل الأول. وجوابه اختيار الشق الثاني والإكذاب أمر مغاير لما ذكر في الدليل الأول قوله: **(إن المقصود هو السبب)** أقول: وإن المدعي يكذب أحد شاهديه.

كان المدعي هو المرأة أو العبد أو القاتل) لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه، وإن كان الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن، إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل لأنه لا حظّ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع، وإن كان بعد مضيّ المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين.

استرداده ما دام الدين قائماً فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح **(وإن كان)** المدعي هو **(المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين)** وعلمت حكمه فإن قيل: الرهن لا يثبت إلا بإيجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء. أجيب بأن الرهن غير لازم في حق المرتهن، فإن له أن يرده متى شاء، بخلاف الراهن ليس له ذلك، فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن إذ الرهن لا يكون إلا بالدين فتقبل بينته في ثبوت الدين ويثبت الدين ويثبت الرهن بألف ضمناً وتبعاً للدين. ولا شك أن دعوى المرتهن إن كان مثلاً هكذا أطالبه بألف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي فليس المقصود إلا المال، وذكر الرهن زيادة إذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه، بخلاف دين الثمن في البيع، وإن كان هكذا أطالبه بإعادة رهن كذا وكذا كأن رهنه عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلاً فلا شك أن هذا دعوى العقد، فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بألف أو ألف وخمسمائة، وإن كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشيء لأن عقد الرهن يختلف به. والسابعة الإجارة، إن كان في أول المدة فهو كابيع بأن ادعى المستأجر أو الآجر أنه أجره هذه الدار سنة بألف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بألف لا تثبت الإجارة كالبيع، إذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البدل فكان المقصود إثبات العقد وهو يختل باختلاف البدل فلا تثبت الإجارة **(وإن كان بعد مضيها)** استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم، فإن كان

دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من أنه تقبل على الألف إذا ادعى ألفاً وخمسمائة بالاتفاق، وإذا ادعى ألفين لا تقبل عنده خلافاً لهما، وإن ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما **(لأنه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فتبقى الدعوى في الدين، وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا تقبل)** لعدم الدعوى، لأنه لما لم يكن له أن يستردّ الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة وكانت كأن لم تكن، وإن كان هو المرتهن كان بمنزلة الذي يقضي بأقل المالين إجماعاً قبل عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة فيجب أن لا تقبل البينة وإن كان المدعي هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه. وأجيب بأن الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الردّ متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين، لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت

قوله: **(وفيه نظر لفظاً ومعنى)** أقول: في كونه فيه نظر لفظاً نظر، إذ لا خلل في نفس اللفظ قوله: **(العتق لا يثبت قبل الأداء)** أقول: فيه بحث، فإن معنى كلامه أن العتق لا يثبت قبل أداء كل البدل بمجرد عقد الكتابة أو بأداء بعض البدل حتى يؤول دعوى المولى إلى دعوى الدين ويكون مقصوده الدين لا السبب كما في دعوى الإعتاق على مال فلا إشعار لما ذكره ولا حاجة إلى تقدير شيء قوله: **(بدل العتق لا يثبت الخ)** أقول: أي لا يحصل في يد المولى قوله: **(إن مقصود المولى العتق)** أقول: أي العتق بعد أخذ المال قوله: **(لجواز أن لا يختار الخ)** أقول: لا يقال فيكون العبد مدعياً أيضاً لأنه لا يقع إلا أنه لم يكن بد من التفصيل وقد ذكرت المسألة مطلقة قوله: **(بأدنى البدلين)** أقول: وأنت خبير بأنه لا يخلو إما أن يقيم بينة على أدنى البدلين أو لا، فإن كان الأول فلا يفيد شاهدي المولى كما لا يخفى، أو يوفق بينهما بأنه أسقط بعض البدل بعد العقد الأول، بل نقول: نقبل شاهدي المولى وتفصيله في التخالف في الشروح، وإن كان الثاني فلا يفيد أيضاً لقدرته على الاستخدام بدونه إذ لا سبب يخرجه عن يده. وأيضاً هذه المخاصمة تنزل منزلة العدم لما أن عقد الكتابة ليس بلازم في حقه لتمكنه من الفسخ متى شاء كما سيجيء آنفاً في مسألة الرهن، وجوابه غير خفي على المتأمل قوله: **(لأن الرهن لا يكون إلا بدين الخ)** أقول: مخالف لما أسلفه في جواب النظر الثاني آنفاً فتأمل في جوابه قال المصنف: **(وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر الخ)** أقول: في شرح الوقاية لصدر الشريعة في أول الإجارة أن الأجير هو معطي الأجرة فيكون استعماله بمعنى المؤجر غير صحيح، إلا أن يكون كلابن وتامر، ويؤيده أنه استعمل الأجير بمعنى المؤجر في هذا المقام.

قال: **(فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحساناً، وقالا: هذا باطل في النكاح أيضاً)** وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله. لهما أن هذا اختلاف في العقد، لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه

المدعي هو المؤجر فهو دعوى الأجرة، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة وهو يدعي الأكثر يقضى بألف إذ ليس المقصود بعد مضي المدة إلا الأجرة، وإن شهد الآخر بألفين والمدعي يدعيهما لا يقضي بشيء عنده وعندهما بألف، وإن كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد بالإجماع لأنه معترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه، ولا يثبت العقد للاختلاف. والثامنة النكاح، وقد علمت أن النكاح أجري مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف، حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها زوّجت نفسها منه وشهد الآخر أن وليها زوّجها منه لا تقبل، ولو ادعى هو عليها ثانياً أنها زوّجت نفسها منه فشهد هذا بأنها زوجت نفسها منه تقبل، وإنما تقبل إذا ادعى أنها زوّجت نفسها منه فشهد أن وكيلها فلان بن فلان زوّجها لأن لفظ زوّجت نفسها يصدق به في العرف. وقد أطلق محمد في الجامع عن أبي حنيفة رحمهما الله فقال: فأما النكاح فإن أبا حنيفة كان يقول: إذا جاءت بشاهد يشهد على ألف وخمسمائة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بالألف وهي تدّعي ألفاً وخمسمائة، فأما يعقوب ومحمد فقالا: النكاح باطل أيضاً، فمشى المصنف رحمه الله على إطلاقه فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج أو الزوجة، وجعله الأصح نفياً لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا يصح باتفاقهم لأنه دعوى العقد إذا الزوج لا يدعي عليها مالاً وكونه الزوجة فهو على الخلاف، وقال في الوجه الأصح ما ذكرنا. يعني ما ذكره من التعليل لأبي حنيفة من أن المال تابع في النكاح، وإنما المقصود منه الحل والازدواج والملك، ولا اختلاف في هذا بل في التبع، وإذا وقع في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه، وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بألف، فإن هذا الوجه يقتضي الصحة بالأقل بلا تفصيل. وأيضاً أجرى إطلاقه في دعوى الأقل والأكثر فصحح الصحة سواء ادعى المدعي الأقل أو الأكثر، وهذا مخالف للرواية، فإن محمداً رحمه الله في الجامع قيده بدعوى الأكثر حيث قال: جازت الشهادة بألف وهي تدعي ألفاً وخمسمائة، والمفهوم يعتبر رواية، وبقوله ذلك أيضاً يفهم لزوم التفصيل في المدعي به بين كونه الأكثر فيصح عنده أو الأقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهد الأكثر كما عوّل عليه محققو المشايخ، فإن قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد قول أبي حنيفة رحمه الله بالجواز بما إذا كانت هي المدعية للأكثر دونه فإن الواو فيه للحال والأحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف.

الرهن بالألف ضمناً وتبعاً للدين. وفي الإجارة لا يخلو إما أن تكون الدعوى في أول المدة أو بعد مضيها، فإن كان الأول لم تقبل الشهادة كما في البيع لأن المقصود إثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل. وإن كان الثاني، فإما أن يكون المدعي هو الآجر أو المستأجر، فإن كان الآجر فهو دعوى الدين يقضي بأقل المالين إذا ادعى الأكثر لأن المدة إذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الأجر وصار كمن ادعى على آخر ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة جازت على الألف، وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عند أبي حنيفة كما تقدم خلافاً لهما، وإن كان المستأجر قال في النهاية: كان ذلك اعترافاً منه بمال الإجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة إلى تفاق الشاهدين واختلافهما، وهذا لأنه إن أقرّ بالأكثر لم يبق نزاع، وإن أقرّ بالأقل فالآجر لا يأخذ منه ببينة سوى ذلك. وفي بعض الشروح: فإن كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العبد بالإجماع وهو في معنى الأول، لأن الدعوى إذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه. قال: **(فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحساناً)** إذا اختلف الشهود في النكاح فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت بألف عند أبي حنيفة وهو استحسان. وقال أبو يوسف ومحمد: هذا باطل في النكاح أيضاً. وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة. لهما أن هذا اختلاف في السبب، لأن المقصود من الجانبين هو العقد، والاختلاف في

قوله: **(إن المال في النكاح تابع)** أقول: أي غير داخل في صلب العقد، بخلاف البيع فإن المال فيه داخل في صلب العقد.

البيع. ولأبي حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع، والأصل فيه الحلّ والازدواج والملك، ولا اختلاف في ما

[فروع] شهد أنه أقرّ أنه غصب من فلان هذا العبد والآخر أنه أقرّ أنه أخذه منه يقضى به للمدعي، ولو شهد أحدهما أنه أقرّ أنه أخذه منه والآخر أنه أقرّ بأنه له لم يقض للمشهود له بشيء، ولو شهد أنه أقرّ أنه غصبه منه والآخر أنه أقرّ بأن المدعي أودعه إياه تقبل. وزاد في المنتقى حين وضعها ثانية في الثوب: لو قال المدعي أقرّ بما قالا لكنه غصبه مني تقبل ويجعل ذو اليد مقراً بملكية الثوب للمدعي فلا تقبل بينة المدعى عليه على الثوب بعده، ثم قال فيما لو شهد أحدهما على إقراره بأخذه والآخر على إقراره بالإيداع منه وقال المدعي إنما أودعته منه لا تقبل لعدم اجتماعهما على الإقرار بملك ولا بأخذ، لأن شاهد الوديعة لم يشهد بالأخذ فلزم المناقضة في الحكم والدليل. واعلم أنه ذكر فيما إذا شهد على إقراره بغصبه والآخر على إقراره بأخذه منه يقضى به للمدعي ويجعل المدعى عليه على حجته، لأن إقراره بالأخذ ليس إقرار بالملك فظهر الفرق فلا مناقضة إذا كان الأخذ لا يدل على الملك. شهد أنه أقرّ بأنه اشترى هذا العين من المدعي والآخر على إقراره بإيداعه المدعي إياه منه قضى للمدعي، لو كان الشاهد الثاني شهد بأنه أقرّ بأن المدعي دفع إليه هذا العين قضى به للمدعي أيضاً، لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل، ألا ترى أن رجلاً لو قال دفع إليّ فلان هذا العين ثم برهن على أنه اشتراه منه تقبل. وفي الزيادات قال أحدهما أعتق كله وقال الآخر نصفه لا تقبل. ولو ادعى ألفين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين تقبل على الألف إجماعاً. ادعى الشراء فشهدا بالهبة والقبض لا تقبل، إلا إن وفق فقال جحدني الشراء فاستوهبتها منه وأعاد البينة على الهبة لأن الأولى ما قامت على ما ادعى به من الهبة وإنما ادعاها الآن فيقيم بينة دعواه. ادعى أنه ورثها من أبيه فشهد أحدهما كذلك والآخر من أمه لا تقبل. ادعى داراً فشهدا له بمدعاه وقضى له ثم أقرّ المقضى له أن البناء للمقضى عليه لا يبطل الحكم بالأرض للمدعي، وإن شهدا بالبناء والأرض والباقي بحاله بطل الحكم لأنه أكذبهما فيما قضاه من البناء، بخلاف الأول لأن دخول البناء محتمل، فإقرار المدعي بعدم دخوله بيان لأحد الاحتمالين. شهد أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه، أو شهد أنها ولدت منه غلاماً والآخر جارية تقبل. شهد أنه أقر أن المدعي سكن هذه الدار والآخر أنها له لا تقبل. ولو شهد أنه أقرّ بأن هذه الدار له وشهد الآخر أنه ساكنها قضى بها له. شهد أن قيمة الثوب الهالك كذا والآخر على إقراره بها لا تقبل. شهد على صريح الإذن والآخر أنه رآه يبيع فلم ينهه لا تقبل، بخلافهما على الإذن في الطعام والآخر عليه في الثياب تقبل على الإذن. وفي الأقضية: ادعى عبداً في يد رجل فشهدا على إقراره أنه ملكه تقبل، ولو على إقراره بالشراء منه وأنكر المدعي البيع يأخذه المدعي لأن الإقرار بالشراء والاستيام إقرار بالملك للبائع على رواية الجامع أو بعدم ملك نفسه فيه على رواية الزيادات فقد أقرّ أنه لا ملك له فيه ولا أحد متعرض للمدعي فيأخذه، وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بالشراء منه والآخر على إقراره بالهبة منه والمدعي ينكر، وكذا لو شهد أحدهما على الشراء منه بألف والآخر بمائة دينار، أو قال الآخر استأجره منه، وكذا لو شهد أنه باعه المدعي منه والآخر أنه أودعه عنده، وكذا لو شهدا على إقراره أن

السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع. ولأبي حنيفة أن المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والأخ، والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الأصل فكان ثابتاً قوله: **(والأصل فيه الحل والازدواج)** دليل آخر. وتقريره الأصل في النكاح الحل والازدواج والملك لأن شرعيته لذلك، ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجاناً كما عرف في موضعه، ولا اختلاف للشاهدين فيها فيثبت الأصل، لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضي بالأقل لاتفاقهما عليه. واعترض عليه بأن فيه تكذيب أحد الشاهدين. وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل، وفيه نظر فإن مراد

قوله: **(والأصل فيه الحل)** أقول: أي حل كل من المتعاقدين أو من هو بمنزلتهما للآخر وازدواج أحدهما بالآخر، بخلاف البيع
قوله: **(دليل آخر)** أقول: في صحة كونه دليلاً آخر مستقلاً بدون ملاحظة الأول تأمل.

هو الأصل فيثبت، ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالأقل لاتفاقهما عليه، ويستوي دعوى أقل المالين أو

المدعي دفعها إليه. شهد على إقراره بأنه أخذ منه هذا والآخر على إقراره بأنه أودعه منه تقبل لاتفاقهما على الإقرار بالأخذ لكن بحكم الوديعة أو الأخذ منه منفرداً. شهد أن له عليه كذا دينار والآخر أنه أقرّ أنه عليه تقبل. شهد أنه طلقها بالعربية والآخر بغيرها في المنتقى عن أبي يوسف لا تقبل، ولو كان هذا بالإقرار بالمال تقبل، وليس الطلاق كذلك لأني أنويه في وجوه كثيرة، وفيه لو شهد أنه قال لعبده أنت حر والآخر أنه قال له «آزاد»[1] تقبل. وفيه لو قال إن كلمت فلاناً فأنت حر فشهد أنه كلمه اليوم والآخر أمس لم تقبل، وذكر فيه مسألة الطلاق قال طلقت، ولا شك أنه يجب في العتق ثبوته إذا وفق العبد بأن قال كلمته في اليومين جميعاً. وفيه شهد أنه قال إن دخلت هذه الدار فكذا والآخر إن دخلت هذه وهذه لا تقبل، وفيه إن طلقتك فعبده حرّ فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق والعتق، ولو قال إن ذكرت طلاقك إن سميته إن تكلمت به فعبده حر فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق لا العتاق لأن شهادتهما اختلفت في الكلام؛ ولو اختلفا في القذف في الزمان والمكان تقبل عنده خلافاً لهما، وفي إنشائه وإقراره لا تقبل إجماعاً. ادعى ألفاً فشهد أحدهما بأنه أقرّ أن له عليه ألفاً قرضاً والآخر أنه أقرّ أودعه ألفاً تقبل لاتفاقهما أنه وصل إليه منه ألف وقد جحد فصار ضماناً هي قسمان: قسم من الاختلاف بين الدعوى والشهادة، وقسم من الاختلاف بين الشاهدين: القسم الأول ادعى ملكاً على رجل بالشراء فشهدوا له بالملك المطل فلا تقبل، وقيده في الأقضية بما إذا نسبه إلى معروف كأن قال اشتريته من فلان ابن فلان وذكر شرائط التعريف، أما لو جهله فقال اشتريت فقط أو قال من رجل أو من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت، وذكر في فتاوى رشيد الدين في القبول خلافاً. ولو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا به بسبب تقبل، كذا اطلقه في الجامع الكبير. وزاد في الأجناس في القبول أن القاضي يسأل المدعي الملك ألك بهذا السبب الذي شهدوا به إن قال نعم قضى أو لا لا. وفي الدعوى والبينات: إذا تحمل الشهادة على ملك له سبب وأراد أن يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا في شيء من الكتب. واختلف فيه المشايخ، والأصح أنه لا يسعه ذلك. ولو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه إلى أبيه وجده مع القبض وقال وقبضته منه فشوهدوا بالملك المطلق ففي الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف. وحكى العمادي فيه اختلافاً، قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد، وقيل لا تقبل لأن دعوى الشراء معتبرة في نفسها لا كالمطلق، ألا ترى أنه لا يقضى له بالزوائد ذلك. وفي فوائد شمس الإسلام دعوى الدين كدعوى العين، وهكذا في شرح الحيل للحلواني، لكن في المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقاً كان شمس الأئمة محمد الأوزجندي يقول: لا تقبل كما في دعوى العين بسبب وشهدوا بالمطلق. قال: وفي الأقضية مسألتان يدلان على القبول انتهى. وفي فتاوى رشيد الدين: لو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لأنهم إذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك، ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب

المعترض ليس بطلان الأصل بل بطلان التبع، ومعنى كلامه أن يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم مهر المثل. والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى. والجواب أن المال إذا لم يكن مقصوداً كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا

قوله: (**ولا اختلاف للشاهدين فيها**) أقول: الظاهر تذكير الضمير وتأنيثه باعتبار كون الأصل عبارة عن الأمور المذكورة قوله: (**وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود**) أقول: المجيب صاحب النهاية قوله: (**والجواب أن المال إذا لم يكن مقصوداً**) أقول: أي من العقد، فإن العقد يصح بدونه. وتحقيق الجواب وتفصيله ما ذكره صاحب النهاية نقلاً عن الفوائد الظهيرية، وإنما لم يذكره ثانياً حذراً عن التكرار فلا وجه لإيراد النظر عليه بعد ذلك فليتأمل قوله: (**كان كالدين**) أقول: المراد من الدين هو الدين المنفرد عن العقد.

---

(١) فارسي.

أكثرهما في الصحيح. ثم قيل: الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع

تقبل لأنهم شهدوا ببعض ما شهدوا به أولاً فتقبل. أما النكاح فلو ادعى على امرأة أنها أمرأته بسبب أنه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل إن كان قدر المسمى أو أقل، فإن زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة، ولو لم يذكر المال والباقي بحاله قضى بالنكاح فقط، ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعاً بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة وغيره فهو ملك حادث، وإن ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقاً لا تقبل كما إذا شهدوا جميعاً بالمطلق، وفيما لو ادعى التملك فشهدوا على المطلق تقبل، ولو ادعى المطلق فشهودا على النتاج لا تقبل لأن دعوى مطلق الملك دعوى أوليته على سبيل الاحتمال، والشهادة على النتاج شهادة على أوليته على اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل. وهذه المسألة دليل على أنه لو ادعى النتاج أولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل. ولو ادعى المطلق أولا ثم النتاج لا تقبل. وفي المحيط: لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا تقبل، بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى. ولا يشكل أنه لو ادعى النتاج بسبب فشهدا بسبب آخر لا تقبل. وفي الفصول: القاضي إذا سأل الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لأنه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم. وقال رشيد لدين: ويخرج من هذا كثير من المسائل، ولو ادعى ملكاً مطلقاً مؤرخً فقال قبضته مني منذ شهر فشهودا بلا تاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار، ودعوى الملك بسبب الإرث كدعوى الملك المطلق، وينبغي أن يستثنى ما إذا أرّخ. ففي الخلاصة: ادعى داراً في يد رجل أنها ملك أبيه مات وتركها ميراثاً له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه من سنتين لا تقبل إلا إذا وفق فقال اشتريتها منه منذ سنتين وبعتها من أبي ثم ورثتها عنه منذ سنة وأقام البينة على هذا التوفيق. وإذا أرّخ أحد الشاهدين دون الآخر لا تقبل في دعوى الملك المؤرخ وتقبل في غير المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا، ولو كان للشراء شهران وأرخوا شهراً تقبل وعلى القلب لا، ولو أرخ المطلق بأن قال هذا العين لي منذ سنة فشهدوا أنه له سنتين لا تقبل، ولو قال منذ منذ سنتين وشهدوا أنه له منذ سنة تقبل، ولو ادعى أنه قبض مني عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل ويحمل على أنه قبض في الحال وعليه شهدوا. وقدمنا من مسائل القبض شيئاً. دار في يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى أو قبلها وغاب أحدهما وادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعاً وفي يد رجل نصفها مقسومة فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لأنها أكثر من المدعى به. ومثله لو ادعى داراً واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل، وكذا لو استثنى بيتاً ولم يستثنوه إلا إذا وفق فقال صدقوا لكني بعت هذا البيت منها تقبل. وفي المحيط من الأقضية وأدب القاضي للخصاف: وإذا ادعى الملك للحال فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لأنها تثبت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المزيل. وقال العمادي: وعلى هذا إذا

يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم، فالتشكيك فيه غير مسموع. قال المصنف: (**ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما**) بكلمة أو والصواب كلمة الواو بدلالة يستوي. وقوله: (**في الصحيح**) احتراز عما قال بعضهم إنه لما كان الدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما في الدين، وإليه ذهب شمس الأئمة. ووجه ما في الكتاب أن المنظور إليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود: أعني الدين. وقال: (**ثم قيل**

قوله: (**ويستوي إلى قوله بكلمة أو الخ**) أقول: وفيه بحث، فإنه من قبيل:

سيان كسر رغيفه أو كسر عظم من عظامه

على أنه لا تقبل، لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد. وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرنا، والله أعلم.

ادعى الدين وشهد شاهدان أنه كان له عليه كذا أو قالا بالفارسية أين مقدار «زردردمه اين مدعى عليه بود مرين مدعي را»[١] ينبغي أن تقبل كما العين انتهى. ونظيره في دعوى العين ما ذكر رشيد الدين: إذا قالوا نشهد أن هذا كان ملكه تقبل ويصير كما لو قالوا نشهد أنه هذا ملكه في الحال ولا يجوز للقاضي أن يقول «امرو زملك وي مي دانيت»[٢] انتهى. ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم. نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط، ذكره في المحيط فيما إذا ادعى ملكاً مطلقاً في عين فشهدوا أنه ورثه من أبيه ولم يتعرضوا لملكه في الحال، أو شهدوا أنه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك في الحال تقبل ويقضى بالعين للمدعي لكن ينبغي أن يسألهم القاضي إلى آخر ما ذكرنا وكذا ادعى أن هذه زوجته فشهدوا أنه تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل، هذا كله إذا شهدوا بالملك في الماضي. أما لو شهدوا باليد له في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضى للمدعى به في ظاهر الرواية، وإن كانت اليد تسوّغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه. وعن أبي يوسف يقضى بها، وخرج العمادي على هذا ما نقل عن الواقعات. لو أقرّ بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدي الإقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضاً دليل على أنه إذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل، وهذا غلط فإن مقتضاه أنه لا فرق بين الشاهدة بأنه كان له عليه أو له عليه، والحال أن صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان أنه كان له عليه ولا يشهدان أن له عليه، فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن لمنعه من أحدهما دون الآخر معنى. والذي يقتضيه الفقه أنهما إذا ثبت عندهما بشهادة العدلين أنه قضاه ذلك الذي أقرّ به عندهما أو ثبت بطريق أفادهما ذلك أن لا يشهدا كم عرف فيما إذا علم شاهد الألف أنه قضاه منها خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله أعلم، وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي بأن قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا أنها له اختلف في قبولها، والأصح لا تقبل، وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بأن شهدوا أنها كانت له لا تقبل لأن إسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال إذ لا فائدة له في الاقتصار على أن ملكه كان في الماضي إلا ذلك، بخلاف الشاهدين إذا أسند ذلك لا يدل على نفيهما إياه في الحال لجواز قصدهما إلى الاحتراس عن الإخبار بما لا علم لهما به لأنهما لم يعلما سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما بانتقاله فقد يكون انتقل في نفس الأمر فيحترس عنه الشاهد وإن كان يثبت للحال بالاستصحاب. وفي الخلاصة: ادعى النقرة بالجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة[٣] والوزن ولم يذكرا جيدة ولا رديئة ولا وسطا تقبل ويقضى بالرديء، بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولاً فشهودا على غير المنخول لا تقبل. وفيها أن من ادعى على رجل ألفاً من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل. وعن هذا ذكر في

الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية، فأما إذا كان المدعي هو الزوج فالإجماع على أنها لا تقبل لأن مقصودها قد يكون المال) بخلاف الزوج فإن مقصوده ليس إلا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول **(وقيل الخلاف في الفصلين)** يعني ما

وفي الفرائض السراجية: وذلك في مسألتين: زوج وأبوين أو زوجة وأبوين، فإن آو بمعنى الواو. وقال الزيلعي: ولا يكون بدعوى الأقل مكذباً للشاهد لجواز أن يكون الأقل هو المسمى ثم صار أكثر للزيادة انتهى. وفيه تأمل، فإنهم لم يجوزوا ذلك في البيع كما صرح به في الشروح. وجوابه أن النكاح ليس كالبيع، فإنه يجوز النكاح بدون تسمية المهر، بخلاف البيع بلا تسمية البدل فتأمل قال

---

(١) فارسي.
(٢) فارسي.
(٣) النُّقْرَةُ: القطعة المذابة من الذهب، أو الفضة.

المسألة المسطورة: وهي ما إذا شهدا بألف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع أنه أشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة: هو محمول على أنهم شهدوا على إقراره بذلك: أي إقرار المدعي عليه بثمن الجارية لأن مثله في الإقرار يقبل لما ذكروا في المسألة المذكورة قبلها، وفي الكفالة: إذا شهودوا أنه كفل بألف على فلان فقال الطالب هو أقرّ بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لأنهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب. ومثله ادعى أنه أجره داراً وقبض مال الإجارة ومات فانفسخت الإجارة وطلب مال الإجارة فشهدوا أن الآجر أقرّ بقبض مال الإجارة تقبل وإن لم يشهدوا على عقد الإجارة، لأنهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الإجارة، ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على إقراره بالمال تقبل، ولو شهد أحدهما به والآخر بالإقرار فقد أطلق القبول في المحيط والعدة. وقال قاضيخان تقبل عند أبي يوسف. ولو ادعى قرضاً فشهدوا أن المدعي دفع إليه كذا ولم يقولوا قبضها المدعى عليه يثبت عليه قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء، وإذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد أنه قبض بجهة الأمانة فيحتاج إلى بينة على أنه بجهة القرض إن ادعاه، ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر بإقراره أنه قضاه لا تقبل، ولو شهدا جميعاً بالإقرار قبلت، ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل، وكذا لو شهدا أن فلاناً باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع. ادعى عليه أنك قبضت من مالي جملاً بغير حق مثلاً وبين سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على إحضاره لأنه قال من مالي ولم يقل قبضت من فلا يكون ما شهدوا به يناقضه فيحضره ليشير إليه بالدعوى. القسم الثاني: اختلاف الشاهدين. ادعى بالمبيع عيباً فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على إقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عيناً أنه له فشهد أحدهما على أنه ملكه والآخر على إقرار ذي اليد أنه ملكه لا تقبل، ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على إقرار الراهن بقبضه لا تقبل. قال ظهير الدين: الرهن في هذ كالغصب، وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا بإقرار المودع قبلت، ولو شهد أحدهما بها والآخر بالإقرار بها لا تقبل على قياس الغصب، وعلى قياس القرض تقبل، بخلاف ما لو ادعى أنه باع بشرط الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقرّ بذلك تقبل لأن لفظ البيع في الإخبار والإنشاء واحد. ومثله لو ادعت صداقها فقال وهبتني إياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الإبراء تقبل للموافقة لأن حكمهما واحد وهو السقوط، وقيل لا للاختلاف، لأن الإبراء إسقاط والهبة تمليك والأول أوجه لأنه وإن كان آسقاطاً يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد. ولو شهد على إقرار المدعى عليه أن المدعى به في يده والآخر أنه في يده لا تقبل. وفي المحيط: ادعى داراً فشهد أنها داره والآخر على إقرار ذي اليد أنها له لا تقبل، بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الإقرار به تقبل، بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على إقراره بها لا تقبل، وبخلاف ما إذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل، بخلاف ما إذا شهد الآخر أنها كانت في يده، وإذا راجعت قاعدة التي أسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجّت كثيراً من الفروع، والله سبحانه أعلم.

إذا كانت المرأة تدعي وما إذا كان الزوج يدعي **(وهذا أصح)** لأن الكلام ليس في أن الزوج يدعي العقد أو المال أو المرأة تدعي ذلك، وإنما الكلام في أن الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللاً في نفس العقد أو لا. قال أبو حنيفة: لا يوجب ذلك. وقالا يوجبه، وقد ذكر المصنف دليلهما وإليه أشار بقوله: **(والوجه ما ذكرناه)** والله أعلم.

المصنف: **(وهذا أصح والوجه الخ)** أقول: قال الإتقاني: ولنا في قوله وهذا أصح نظر لما أنهم لم يذكروا الخلاف في شروح الجامع الصغير، وكذلك لم يذكره في شرح الطحاوي فيما إذا كان المدعي هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لأن الاختلاف وقع في العقد انتهى. وفيه نظر فإنه قال التمرتاشي في شرح الجامع الصغير، وإن كان المدعي هو الزوج اختلفوا على قول أبي حنيفة، والأصح أنها تقبل عنده لأن المال تابع.

فصل في الشهادة على الإرث

(ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه

فصل في الشهادة على الإرث

وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحي عن ميت على الشهادة بملك يتجدد لحي عن حي ظاهر قوله: **(ومن أقام بينة الخ)** اختلف علماؤنا في أنه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجر والنقل وهو أن يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثاً لهذا المدعي. فعند أبي يوسف لا. وعند أبي حنيفة ومحمد نعم. وجه قول أبي يوسف ما ذكره المصنف بقوله: **(هو يقول ملك المورث ملك الوارث)** لأنه يصير ملكه خلافة، ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويردّ عليه ويصير مغروراً إذا كان المورّث مغروراً، فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة إلى أمر زائد يشترط القضاء به له، وقد ظهر بهذا محل الخلاف وهو شهادتهم أنه كان ملك الميت بلا زيادة، ولو شهدا أنها لأبيه لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف، فقيل تقبل عند أبي يوسف، وقيل لا تقبل بالاتفاق **(وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة، ويحل للوارث الغني ما كان تصدق به على المورث الفقير)** ولو زكاة أو كفارة فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير أنه لا يشترط ذكر ذلك نصاً بل إما نصاً كما ذكرنا من قولهم وتركها ميراثاً له أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت وتجدد ملك الوارث غير لازم شرعي لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت. إذا عرف هذا فالمسألة التي ذكرها المصنف اتفاقية، وهي قوله: ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثاً له. أما على قول أبي يوسف فظاهر، وأما على قولهما فلأن الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك، وقد وجد الثاني في مسألة الكتاب لأنه أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنها معارة منه أو مودعة عند الموت لأن يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير وأخويه، وقد طولبا بالفرق بين هذا وما إذا شهدا لمدعي ملك عين في يد رجل بأنها كانت ملك المدعي أو أنه كان ملكها حيث يقضى بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن، وكذا لو شهدا لمدعي عين في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك وذو اليد ينكر ملك البائع فإنه يحتاج إلى بينة

فصل في الشهادة على الإرث

ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الأحكام المتعلقة بالأحياء بحسب مقتضى الواقع. واعلم أن العلماء اختلفوا في الشهادة بالميراث، هل تحتاج إلى الجر والنقل، وهو أن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثاً له أو لا، قال أبو حنيفة ومحمد: لا بد منه، خلافاً لأبي يوسف. هو يقول: إن ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به، وإن كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث. وهما يقولان ملك الوارث متجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة، ويحل للوارث الغنيّ ما كان صدقة على المورث الفقير، والمتجدد محتاج إلى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً إلا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت أن يسوي أسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب، فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أن ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك. لا يقال: قد تكون اليد يد أمانة ولا ضمان فيها

فصل في الشهادة على الإرث

قال المصنف: **(ومن أقام بينة على دار الخ)** أقول: وأصله أنه متى ثبت ملك المورث لا يقضي للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وترك ميراثاً لأن الملك للمورث قبل موته بزمان فبقاؤه إلى زمان الموت بطريق الاستصحاب، والثابت بطريق الاستصحاب لا يبتنى

مات وتركها ميراثاً له) وأصله أنه متى ثبت ملك المورّث لا يقضي به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثاً له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله. هو يقول: إن ملك الوارث ملك المورّث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث، وهما يقولان: إن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة، ويحلّ للوارث الغنيّ ما كان صدقة على المورّث الفقيرُ فلا بد من النقل، إلا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا على قيام يده على

على ملكه، فإذا شهدا بملكه قضى للمشتري به وإن لم ينصا على أنها ملكه يوم البيع، وهذه أشبه بمسألتنا، فإن كلا من الشراء والإرث يوجب تجدد الملك. والجواب أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات ما لم يكن وهو المحتاج إليه في الوارث، بخلاف مدعي العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده، وبخلاف مسألة الشراء فإن الملك مضاف إليه لا إلى ملك البائع وإن كان لا بد لثبوت المشتري من بقائه لأن الشراء أخرهما وجوداً وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافاً إلى الشراء وهو ثابت بالبينة. أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف إلى كون المال ملكاً للميت وقت الموت لا إلى الموت لأنه ليس سبباً موضاعاً للملك بل عنده يثبت إن كان له مال فارغ، والله سبحانه أعلم. هذا إذا شهدا أنها كانت معارة أو مودعة **(فلو شهدا أنها كانت في يد أبيه مات وهي في يده)** والأب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف إنها كانت في يد فلان: يعني أبا الوارث المدعي جازت الشهادة فيقضى بالدار للوارث لإثباتهما اليد للميت إلى حين الموت، وبذلك يثبت الملك له لأن اليد وإن تنوعت إلى يد غصب وأمانة وملك، فإنها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك، لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع إذا مات مجهلاً يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضموناً عليه شرعاً، ولا يجتمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمغصوب منه، ولا يلزم على هذا ما لو شهدوا أن أباه دخل هذه الدار ومات فيها أو أنه كان فيها حتى مات، أو أنه مات فيها أو أنه مات وهو قاعد على هذا البساط أو نائم على هذا الفراش، أو أنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لا تقبل حتى لا يستحق الوارث شيئاً من ذلك مع أنها تفيد أن هذه الأشياء كانت في يد المورث قبل الموت لأنها خرجت بقوله بواسطة الضمان، وهذه الأمور ليست موجبة للضمان. قال التمرتاشي: لا تثبت اليد على المحل بهذه الأشياء حتى لا يصير غاصباً ولا يصير ذو اليد مقراً بذلك، بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس فإن اليد تثبت بها ويصير بها غاصباً. هذا إذا شهدا كذلك لميت، فلو شهدا لحي ادعى عيناً في يد رجل كذلك: أي شهدا أنها كانت في

لتنقلب بواسطته يد ملك، لأن الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل بأن يموت ولم يبين أنها وديعة فلان لأنه حينئذ ترك الحفظ وهو تعدّ يوجب الضمان، وإذا ثبت هذا فمن أقام بيّنة على دار أنها له كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثاً له بالاتفاق. أما عند أبي يوسف فلأنه لا يوجب الجر في الشهادة، وأما عندهما فلأن قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لأن يد المستعير والمودع يد المعير والمودع، ومن أقام البينة أنها كانت في

عليه غيره؛ ألا يرى أنه لو ادعى ألفاً فقال إن كان له علي ألف درهم فامرأته طالق فشهد شاهدان بألف عليه عام أول يحكم بالمال دون الطلاق، ولو شهدوا بالألف الآن يحكم بالطلاق ويعين حق الوارث، بخلاف ما لو شهدوا أنه كان في يد مودعه أو مستعيره عند الموت لأن يدهما يده كما لو شهد أنه كان له عام أول لأن الثابت يبقى ما لم يوجد الدليل المزيل ولم يوجد ولم ينف شيء، بخلاف المسألة الأولى لأنه في الإرث في الثابت بالاستصحاب، والمعنى هذا لا ما ذكره الشراح أن ملك الوارث يتجدد استدلالاً بوجوب الاستبراء في الجارية الموروثة وحل أكل ما كان صدقة على المورث، لأن الاستبراء يتعلق باستحداث ملك اليد؛ ألا يرى أن من اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت عند البائع مراراً فإنه يستبرئها، وإن لم يكن غير مستحدث وحل التناول لا يتوقف على تجدد الملك؛ ألا يرى أن المورث الذي اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالإرث أو غيره يحل ما عنده من الصدقات ولا تجدد قوله: **(بحسب مقتضى الواقع)** أقول: فإن الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت قال المصنف: **(مات وتركها ميراثاً له)** أقول: وهو المراد بالجر والنقل. قال

ما نذكره، وقد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن الجرّ والنقل **(وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان وهي في يده جازت الشهادة)** لأن الأيدي عند الموت

يد هذ المدعي منذ شهر أو أقل أو أكثر أو لم يذكرا وقتاً، فعن أبي يوسف هي كالتي للميت فيقضى للمدعي بالعين المذكورة. وقالا: لا يقضى بها للمدعي بهذه الشهادة. لأبي يوسف رحمه الله أن اليد مقصودة كالملك، ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكاً للمدعي تقبل على ما قدمناه في الفروع استصحاباً لملكه إلى وقت الدعوى كذا هنا استصحاباً ليده إلى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة. وجه الظاهر من قول أبي يوسف وهو وجه قولهما إن الشهادة مع كونها بيده منقضية شهادة بمجهول لأن اليد متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان، ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بمجهول، بخلاف مثلها في الميت لأنه لزم أحدها بعينه بالموت وهو يد الملك فأمكن القضاء، وبخلاف الأخذ فإن له موجباً معلوماً هو الرد من حيث هو أخذ إلى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه. قال عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تردّه فيقضى به» وأيضاً اليد المعاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود به مخبر عنه، وليس الخبر كالمعاين فيترجح قول المدعى عليه فلا يقضى به للمدعي. واستشكل ببينة الخارج مع ذي اليد، وكذا ببينة مدعي الملك المطلق مع ذي اليد حيث تترجح بينة الخارج ومدعي الملك. أجيب بأن ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوّع. وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير إلى الوجه الأول ويبطل استقلال الثاني بتأمل يسير قوله: **(وإن أقرّ الخ)** يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي، وإن كانت اليد متنوعة لأن حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الإقرار بل يصح ويلزم بالبيان، فإنه لو قال لفلان عليّ شيء صح ويجبر على البيان، وكذا لو شهد شاهدان أن المدعي عليه أقرّ بأنها كانت في يد المدعي تقبل لأن المشهود به الإقرار وهو معلوم، وإنما الجهالة في المقّر به لا تمنع صحة القضاء، كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئاً جازت ويؤمر بالبيان.

يد فلان مات وهي في يده، فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الأيدي عند الموت فصار كأنه أقامها على أنها كانت ملكه عند موته، ومن أقامها أنها كانت لأبيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثاً لم تقبل عندهما لعدم الجر، وما قام مقامه، وتقبل عند أبي يوسف بشهادتهم بملك المورّث قوله: **(وإن قالوا لرجل حيّ)** مسألة أتى بها استطراداً إذ هي ليست من باب الميراث، وصورتها: إذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر أنها له وأقام بينة أنها كانت في يده لم تقبل. وعن أبي يوسف أنها تقبل لأن

الكاكي: ولهذا لو ادعى ديناً على المورث وشهد أنه كان له على الميت دين لا يقبل حتى يقولوا إنه مات وهو عليه ذكره في القنية انتهى. ثم اعلم أنه أنث الضمير في قوله وتركها بتأويل التركة قال المصنف: **(ويحل للوارث الخ)** أقول: قال الزيلعي: ولولا تجدد الملك لما حل له انتهى، وفيه بحث فإنه من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالإرث أو غيره يحل له أكل ما عنده من الصدقات ولا تجدد ملك قال المصنف: **(لأن الأيدي عند الموت الخ)** أقول: في الكافي لأن الأيدي المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت لأنها لا تخلو من أن تكون يد ملك أو غصب أو أمانة، فإن كانت يد ملك فظاهر، وكذا إذا كانت يد غصب لأنها تصير يد ملك، لأن بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكاً له، وإن كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك أيضاً فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت انتهى. وفي قوله لأنها تصير يد ملك تسامح قوله: **(إذ الظاهر من حال المسلم)** أقول: في دلالته على المدعي تأمل إلا أن يتمم بقولنا فيكون تاركاً للحفظ وترك الحفظ تعد فيوجب الضمان ويملكه فتدبر قوله: **(لأن اليد منقضية تزول بأسباب الزوال الخ)** أقول: قوله تزول بأسباب الزوال: يعني بالبيع والهبة وغيرهما، ولكن بقي هاهنا بحث لأن الملك أيضاً يزول بأسباب الزوال فربما زال بعد ما كان، والظاهر أن قوله اليد منقضية ليس دليلاً مستقلاً بل من بعض مقدماته. وتقريره أن يد المدعي زائلة للحال ولا يؤمر بالإعادة إليه إلا عند التيقن بكون الشيء حقاً له ولم يتيقن بذلك لأن الأيدي مختلفة الخ قوله: **(ويد المدعي مشهود به)** أقول: الظاهر أن يقال مشهود بها قوله: **(وليس المخبر به لاحتمال زواله)** أقول: بل الاحتمال كذب الخبر في نفسه.

تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت **(وإن قالوا لرجل حيّ نشهد أنها كانت في يد المدعي منذ أشهر لم تقبل)** وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك؛ ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي. وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء

[تتمة] شرط الشهادة بالإرث أن يشهدوا أنه كان لمورثه، فلو قالوا إنه لمورثه تقدم أن محمداً رحمه الله قال: لا يصح ولم يحك خلافاً، لأن المورث إن كان حياً فالمدعي ليس خصماً، وإن كان ميتاً فإثبات الملك للميت حالاً محال وتقدم قول بعضهم إنها تصح على قول أبي يوسف وهو غير بعيد لأنا نقطع بأن الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالأول، ولا بد أن يدرك الشهود الميت لأن الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع، ولا بد أن يبينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها ميراثاً له لا تقبل ما لم يقولوا لأبيه أو لأمه أو لهما لأن الإرث يختلف باختلاف الجهات، وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثاً لأبيه ثم مات أبوه وتركها ميراثاً له ولم يشترطه أبو يوسف على ما عرف في الخلافية غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للقضاء. وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثاً ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً سواه، فإن كان ممن يرث في حال دون لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر ثم يقضي بكله، وإن كان نصيبه يختلف في الأحوال يقضي بالأقل، فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن إلا أن يقولوا لا تعلم له وارثاً غيره، وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يقضى بالأكثر، والظاهر الأول، وليس الأصل أن لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلاً عندهما لا عنده على ما تقدم. ولو قالوا: لا نعلم له وارثاً بهذا الموضوع كفى عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

[فروع] إذا شهد اثنان أن هذا وارث فلان لا نعلم له وارثاً غيره ولم يذكرا سبباً يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الإرث، وكذا إذا شهدوا أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه أو جده أو جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الأخوة والعمومة: أي يبينا الأسباب المورثة للميت أنه لأب أو شقيق وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد، ويذكرا أيضاً أنه وارثه، وهل يشترط قوله ووارثه في الأب والأم والولد؟ قيل يشترط والفتوى على أنه لا يشترط قوله وارثه، وكذا كل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه. وفي الشهادة بأنه ابن ابن الميت أو بنت ابنه لا بد من ذلك. وفي الشهادة أنه مولاه لا بد من بيان أنه أعتقه، ولا يشترط ذكر اسم أب الميت، حتى لو شهدا أنه جدّ الميت أبو أبيه ووارثه ولم يسموا أبا الميت قبلت. وفي الأقضية شهدا أنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فالثاني أحق بالميراث، ولو شهدا أنه أخو الميت ووارثه فقضى به ثم شهد هذان الآخر أنه ابن

اليد مقصودة كالملك، ولو شهدوا أنها كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدا بأن المدعى عليه أخذها من المدعي فإنها تقبل وترد الدار إلى المدعي. وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية تزول بأسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت، وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر، وقوله: **(وهي متنوعة)** دليل آخر: أي اليد متنوعة إلى يد ملك وأمانة وضمان، وكل ما كان كذلك فهو مجهول، والقضاء بإعادة المجهول متعذر، بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف، وبخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد، ولأن يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر به لاحتمال زواله بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله قوله: **(وإن أقرّ المدعى عليه)** يعني إذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت إليه لأن الجهالة في المقرّ به لا تمنع صحة الإقرار وكذا إذا شهد شاهدان بإقرار المدعى عليه بذلك دفعت إليه لأن المشهود به هو الإقرار وهو معلوم، والجهالة في المقرّ به

بإعادة المجهول، بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف، وبخلاف الآخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الردّ، ولأن يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به، وليس الخبر كالمعاينة. **(وإن أقرّ بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعي)** لأن الجهالة في المقرّ به لا تمنع الإقرار **(وإن شهد شاهدان أنه أقرّ أنها كانت في يد المدعي دفعت إليه)** لأن المشهود به هاهنا الإقرار وهو معلوم.

الميت لا يبطل القضاء للأول بل يضمنان للابن ما أخذ الأول من الإرث، ولو شهد آخران أن الثاني ابن الميت تقبل. وفي الزيادات: شهدا أن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بأن هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعي عن نسبه، فإن لم يبين أمضى القضاء الأول لعدم المنازع في الحال، فإن جاء آخر وبين أنه وارثه، فإن كان أقرب من الأول قضى للثاني، وإن كان أبعد منه لا يلتفت إليه، وإن زاحمه بأن كان مثلاً الأول ابناً والثاني أباً قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لإمكان العمل بهما.

وذلك لا يمنع القضاء، كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئاً جازت الشهادة ويؤمر بالبيان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب الشهادة على الشهادة

قال: (**الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة**) وهذا استحسان لشدة الحاجة إليها، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق، ولهذا

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الأصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع قوله: (**الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة**) فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص. فأما التعزير ففي الأجناس من نوادر ابن رستم عن محمد: يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة. ونص الفقيه أبو الليث على أن كتاب القاضي إلى القاضي لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة، وفي فتاوى قاضيخان الشهادة على الشهادة جائزة في الأقارير والحقوق وأقضية القضاة وكتبهم وكل شيء إلا الحدود والقصاص، وبقولنا هذا قال أحمد والشافعي في قول، وأصح قوليه وهو قول مالك: تقبل في الحدود والقصاص أيضاً لأن الفروع عدول، وقد نقلوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع قوله: (**وهذا استحسان**) أي جواز الشهادة على الشهادة، والقياس أن لا تجوز لأنها عبادة بدنية وجبت على الأصل وليست بحق للمشهود له حتى لا تجوز الخصومة فيها والإجبار عليها. والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز لأن كون قول إنسان ينفذ على مثله ويلزمه ما نسبه إليه وهو ينفيه ويبرأ منه إنما عرف حجة شرعاً عند قدر من احتمال الكذب وهو ما في شهادة الأصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال، فكيف إذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وإن اختلف محل الأداء، لأن محله في الأصلين في إثبات حق المدعي وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الأصلين ثم يرجع إلى الحق المدعى به، لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الأداء لموته أو لغيبته أو مرضه فيضيع الحق أثبتها أهل الإجماع صيانة لحقوق الناس. لا يقال: يستغنى عن ذلك بجنس الشهود بأن يستشهد على كل حق عشرة مثلاً فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعي. لأنا نقول: المدعي جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله، وقد انقرض الكل فالحاجة متحققة إليها، ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في إثباته ومنها ما أوجب الشرع الاحتياط في درئه وهو الحدود والقصاص لو أجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الأصول فاستحقت التأخير في الذكر، وجوازها استحسان، والقياس لا يقتضيه لأن الأداء عبادة بدنية لزمت الأصل لاحقاً للمشهود له لعدم الإجبار، والإنابة لا تجري في العبادات البدنية إلا أنهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج إليها، لأن الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض، فلو لم يجز لأدى إلى إتواء الحقوق ولهذا جوّزت وإن كثرت: أعني الشهادة على الشهادة وإن بعدت (**إلا أن فيها شبهة**) أي لكن فيها شبهة البدلية لأن البدل لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل وهذه كذلك. واعترض بأنه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل، لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز. وأجيب بأن البدلية إنما هي في المشهود به، فإن المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الأصول، والمشهود به بشهادة الأصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي، وإذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلاً عن شهادة الأصول فلم يمتنع إتمام الأصول بالفروع، وإذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات النساء مع الرجال. وقوله: (**أو من حيث أن فيها**) زيادة احتمال

باب الشهادة على الشهادة

قال المصنف: (**إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية الخ**) أقول: فإن الشهادة عبادة بدنية ولا تجري البدلية في العبادة، وليس في وجه الاستحسان ما يدفعه قوله: (**لعدم الإجبار**) أقول: أي لعدم الإجبار على الشهادة قوله: (**أي لكن فيها شبهة البدلية**) أقول: إنما قال شبهة البدلية لما سيجيء من أن البدلية حقيقة ليس إلا في المشهود به أو الإضافة بيانية قوله: (**لعدم جوازه**) أقول: فيه إعمال الضمير في

جوّزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت، إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث أن فيها زيادة احتمال، وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص **(وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين)**. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لأن كل شاهدين قائمان مقام

الكذب كان خلافاً للشرع والمصنف علل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية، فأورد على هذا لو كانت بدلا لم تجز شهادة أصل مع فرعين، إذ البدل لا يجامع الأصل ولا شيئاً منه. وأجيب بأن البدلية هنا بحسب المشهود به، فإنا علمنا بثبوت المشهود به للأصول فيه شبهة كما ذكرنا، وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة أخرى لا بحسب شهادة الأصول لأن شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه، وبعد تحمله يرده إلى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بتأمل يسير فلا يكونان تعليلين، وهو خلاف ما ذكره المصنف، لا جرم أن أصل السؤال غير وارد لأنه إنما يرد على حقيقة البدلية والمصنف إنما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها. فإن قيل: ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا حدّ فلاناً في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان. أجيب بأن لا نقض، فإن المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات، والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها، فأورد أن فعل القاضي موجب لردها وردها من حده فهو موجب للحد. أجيب بالمنع بل الموجب لردها إن كان من حده ما يوجب الحد والذي يوجبه هو القذف نفسه على أن في المحيط ذكر محمد في الزيادات لا تقبل هذه الشهادة قوله: **(وتجوز شهادة شاهدين)** أو شهادة رجل وامرأتين **(على شهادة شاهدين)** يعني إذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما معاً على شهادة هذا وشهادتهما أيضاً على شهادة الآخر. أما لو شهدا على شهادتهما بمعنى شهد واحد على شهادة أصل والآخر على شهادة الأصل الآخر فلا يجوز إلا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب أصحابنا لكن في كتب أصحابه أنه لا يجوز. وفي الجملة أن على قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي وإسحاق تجوز الشهادة، لأن الفرع قائم مقام الأصل بمنزلة رسوله في إيصال شهادته إلى مجلس القضاء فكأنه شهد بنفسه واعتبروه برواية الأخبار **(ولنا ما روي عن عليّ رضي الله عنه: لا تجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين)**[1] ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب. والذي في مصنف عبد

معطوف على قوله مِن حيث البدلية: يعني أن فيها شبهة من حيث أن فيها زيادة احتمال، فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب لعدم العصمة، وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع إمكان الاحتراز بجنس الشهود بأن يزيدوا في عدد الأصول عند إشهادهم حتى إن تعذر إقامة بعض قام بها الباقون، فلا تقبل في الحدود والقصاص. قوله: **(ويجوز شهادة شاهدين)** أي يجوز أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فذلك أربع على كل أصل اثنان، لأن كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما **(ولنا قول عليّ رضي الله عنه: لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين)** فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان **(ولأن نقل الشهادة)** معطوف على قوله ولنا قول عليّ معنى، ومعناه أن نقل شهادة الأصل حق من الحقوق، فإذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة، ثم إذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الأول، بخلاف شهادة المرأتين فإن النصاب لم يوجد لأنهما

الظرف قوله: **(بين البدل والمبدل)** **أقول:** كالتيمم والوضوء وغسل الرجل ومسحها قوله: **(وأجيب بأن البدلية الخ)** **أقول:** ويجوز أن يجاب بأنه ليس فيما ذكره من الصور الجمع بين البدل والمبدل لظهور أن الفرعين ليسا ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر هكذا سنح للبال الفاتر، ثم رأيت في شرح الكنز للعلامة الزيلعي أنه أجاب بهذا فشكرت الله تعالى قوله: **(فإن المشهود به الخ)** **أقول:** فعلى هذا يجب أن لا يجوز الجمع بين ذينك المشهور بهما فليتأمل قوله: **(وإذا ثبت البدلية)** **أقول:** أي شبهتها.

---

(١) موقوف غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٨٧ ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن علي موقوفاً بنحوه، وكذا ابن أبي شيبة عن الشعبي بأتم منه.

شاهد واحد فصارا كالمرأتين، ولنا قول عليّ رضي الله عنه: لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين، ولأن نقل

الرزاق: أنا إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن حسين بن ضمرة عن أبيه عن جده عن عليّ قال: لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان. وأسند ابن أبي شيبة: حدثنا وكيع عن إسماعيل الأزرق عن الشعبي قال: لا يجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين، ولأن شهادة كل من الأصلين هي المشهود بها فلا بد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الأصول لا يجوز على شهادتها إلا رجلان أو رجل وامرأتان[1]. وقال الشافعي في أحد قوليه: لا تجوز، واختاره المزني لأن الفرعين يقومان مقام أصل واحد كالمرأتين، ولا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما قامتا مقام الرجل الواحد لا يقضى بشهادتهما، ولأن أحدهما لو كان أصلاً فشهد شهادة ثم شهد مع فرع على شهادة الأصل الآخر لا تجوز اتفاقاً، فكذا إذا شهدا جميعاً على شهادة الأصلين. وفي قول آخر للشافعي تجوز كقولنا، وهو قول مالك وأحمد لما روينا من قول عليّ رضي الله عنه فإنه بإطلاقه ينتظم محل النزاع، ولأن حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة أحد الأصلين، ثم شهد بحق آخر هو شهادة الأصل الآخر، ولا مانع من أن يشهد شاهدان بحقوق كثيرة، بخلاف أداء الأصل بشهادة نفسه ثم بشهادته على الأصل الآخر مع آخر، فإنه إنما لا يجوز لأن فيه يجتمع البدل والمبدل منه، بخلاف ما لو شهد شاهد به وشهد اثنان على شهادة الأصل الآخر حيث يجوز. وقوله: **(وهو حجة على مالك)** فيه نظر، إذ كتبهم ناطقة بأن شهادة الواحد على الأصل لا تجوز، وما ذكره المصنف رواية عنه، وإنما نقل هذا عمن تقدم ذكره في الجملة لما تقدم من أن الفرع كرسول، وكرواية الأخبار. ويدفعه ما ذكرنا عن عليّ رضي الله عنه[2] ولأن كل واحد حق فلا يثبت إلا باثنين. وذكر في المستوعب للحنابلة عن أحمد: لا بد من أربعة فروع ليشهد كل فرعين على واحد من الأصلين قوله: **(وصفة الإشهاد)** أي إشهاد شاهد الأصل شاهد الفرع **(أن يقول شاهد الأصل له للحنابلة)** عن أحمد: لا بد من أربعة فروع

بمنزلة رجل واحد، ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافاً لمالك. قال: الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسوله في إيصال شهادته إلى مجلس القاضي، فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الإخبار فإن رواية الواحد عن الواحد مقبولة. ولنا ما روينا عن عليّ رضي الله عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد، ولأنه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الأخبار قال: **(وصفة الإشهاد أن يقول: شاهد الأصل الخ)** لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع شرع في بيان كيفية الإشهاد وأداء الفروع فقال: وصفة الإشهاد أن يقول: شاهد الأصل لشاهد الفرع أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندي بكذا وأشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عن الأصل فلا بد من التحمل والتوكيل على ما مر، وإنما قال كالنائب عنه لما مر أن الفرع ليس بنائب عن الأصل في شهادته بل في المشهود به، ولا بد أن يشهد الأصل عند الفرع كما يشهد الأصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه، ويجوز أن يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي، والأول أوضح لقوله لينقله إلى مجلس القضاء، وإن لم يقل الأصل عند التحميل أشهدني على نفسه جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد. قال: **(ويقول شاهد الفرع الخ)** هذا بيان كيفية أداء الفروع الشهادة **(يقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلان بن فلان أشهدني على شهادته أن فلاناً أقرّ عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته: أعني الفرع وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل)** والعبارة المذكورة تفي بذلك كله وهو أوسط العبارات **(ولها)** أي لشهادة

قوله: **(فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين الخ)** أقول: ينظر فيه.

قوله: **(وذكر التحميل)** أقول: يكفي في ذكر التحميل أشهدني على شهادته أو أشهد على شهادتي فأحدهما مغن عن الآخر فينبغي أن يكتفي بثلاث شينات.

---

(١) أثر الشعبي، وأثر علي تقدما.

(٢) موقوف. وهو قبل أثر الشعبي.

شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل **(ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد)** لما روينا، وهو حجة على مالك رحمه الله، ولأنه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة **(وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندي بكذا وأشهدني على نفسه)** لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر، ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء **(وإن لم يقل أشهدني على نفسه جاز)** لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد

ليشهد كل فرعين على واحد من الأصلين قوله: **(وصفة الإشهاد)** أي إشهاد شاهد الأصل شاهد الفرع **(أن يقول شاهد الأصل له اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندي بكذا وأشهدني على نفسه)** وإنما شرط إشهاد الأصل الفرع في شهادة الفرع **(لأنه كالنائب عنه فلا بد من الاستنابة)** وذلك بالتحميل، بخلاف شهادة الأصل تجوز على المقرّ وإن لم يحمله، وكذا كل من شاهد أمراً غير الشهادة له أن يشهد به وإن لم يحمل كالإقرار والبيع والغصب **(على ما مر)** يعني في فصل ما يتحمله الشاهد، وإنما لم يقل لأنه نائبه لأنه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة أصل وأصل لامتناع الجمع بين الأصل والخلف لكنه جائز. قوله: **(ولا بد أن يشهد)** أي شاهد الأصل عند الفرع **(كما يشهد)** شاهد الأصل **(عند القاضي لينقله الفرع إلى مجلس القضاء وإن لم يذكر)** شاهد الأصل في شهادته عند الفرع. قوله: **(وأشهدني)** يعني المقر **(على نفسه)** بذلك **(جاز)** لما ذكرنا آنفاً من الفرق. وإذا وقع التحميل بما ذكر فيقول: **(شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلان بن فلان)** ويعرفه **(أشهدني على شهادته أن فلاناً أقرّ عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك)** فلا بد من ذكر الفرع جرّ شاهد الأصل فلزم فيه خمس شينات، وذلك **(لأنه لا بد للفرع من شهادته وذكر شهادة الأصل والتحميل)** قال المصنف **(ولها)** أي لشهادة الأداء من الفرع **(لفظ أطول من هذا وأقصر)** أما الأطول فأن يقول: أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا الآن أشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات، وأما الأقصر فأن يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بأن فلاناً أقرّ عنده بكذا ففيه شينان، وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر، وحكى فتوى شمس الأئمة السرخسي به، وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الأئمة الثلاثة. وحكى أن فقهاء زمن أبي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة تطويل، فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له. قال في الذخيرة: فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل، وكلام المصنف يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه، وذكر أن ثم أطول منه وأقصر، ثم قال **(وخير الأمور أوساطها)** وذكر أبو نصر البغدادي شارح القدوري أقصر آخر وهو ثلاث شينات. قال: ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث

الفروع عند الأداء **(لفظ أطول من هذا)** وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد أن فلان شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته فأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور أولاً خمس شينات **(وأقصر منه)** وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان، ولا يحتاج إلى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر، وهكذا ذكره محمد في السير الكبير **(ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي لأنه لا بد من التحميل)** بالاتفاق. أما عند محمد فلأن القضاء عنده يقع بشهادة الأصول والفروع حتى إذا رجعوا جميعاً اشتركوا في الضمان: يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الأصول والفروع، وذلك إنما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل إلا بأمره. وأما عندهما فلأنه وإن لم يكن بطريق التوكيل حتى لو أشهد إنساناً على نفسه ثم منعه من الأداء لم يصح منعه وجاز له أن يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة الأصول إلى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فإنها ليست بحجة في نفسها ما لم تنقل، ولا بد للنقل من التحميل. ولقائل أن يقول: كلام المصنف مضطرب لأنه جعل المطلوب في كلامه التحميل، واستدل عليه بقوله لأنه لا بد من النقل ليصير حجة وعطف

قوله: **(يعني يتخير المشهود عليه)** أقول: كما يجيء في باب الرجوع عن الشهادات.

(ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقرّ عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) لأنه لا بد من شهادته، وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل، ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه، وخير الأمور أوسطها **(ومن قال: أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي)** لأنه لا بد من التحميل، وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعاً حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع، وكذا عندهما لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة.

لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا، ثم قال: وما ذكر صاحب الكتاب: يعني القدوري أولى وأحوط. ثم حكى خلافاً بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف في أن قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند أبي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه، وعند أبي يوسف يجوز. قال: وجه قولهما أنه لما لم يقله احتمل أن يكون أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب، ويحتمل أنه أمره على وجه التحميل فلا يثبت الثاني بالشك. ولأبي يوسف أن أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى. والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وإن كان فيهم العارف المتدين، لأن الحكم للغالب خصوصاً المتخذ بها مكسبة للدراهم، وقولهم في إعطاء الصور: أشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل، وإلا فلا بد أن يعرف شاهد الأصل. قال في الفتاوى الصغرى: شهود الفرع يجب عليهم أن يذكروا أسماء الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا لا نسميهما أو لا نعرف أسماءهما لم تقبل لأنهما تحملا مجازفة لا عن معرفة قوله: **(ومن قال أشهدني الخ)** أي إذا قال شاهد عند آخر أشهدني فلان على نفسه بكذا لا يسع السامع أن يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك. ووجه المصنف بأنه لا بد من التحميل. أما عند محمد فلأنه يقول باشتراك الأصول والفروع في الضمان إذا رجعوا، ومعنى هذا أن محمداً يخير المشهود عليه بين تضمين الفروع والأصول، وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ من أنه يضمن الكل معاً، فإن اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الأصول، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب يتخير المغصوب منه في تضمين أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب رجع على غاصبه، وأما عندهما قال فلأنه لا بد من

عليه فيظهر بالنصب، وذلك يقتضي أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل لا يكون إلا بالتحميل. ذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لأن الشهادة لا تكون حجة إلا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الأصل مزيف، لأن الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة، وإن كان الأصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالتحميل والتوكيل. ووجه ذلك أن الأصل له منفعة في نقل الفرع شهادته

قال المصنف: **(فيظهر تحميل ما هو حجة)** أقول: فيه بحث، فإن المقصود إثبات وجوب التحميل، فمن أين يثبت وجود التحميل حتى ما هو حجة، ولا يبعد أن يجعل التحميل بمعنى التحمل كما في قوله تعالى: ﴿بفاحشة مبينة﴾ يصح الكلام حينئذ على ما أشار إليه الشيخ أكمل الدين في فصل ما يتحمله الشاهد. وقال الإتقاني: قوله فيظهر بالنصب جواب النفي وهو قوله لا بد، ويجوز أن يقال إنه عطف على قوله ليصير اهـ وفيه بحث قوله: **(وذلك يقتضي أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل الخ)** أقول: هذا مسلم، بل اللازم ظهور كون التحمل بما هو حجة بعد النقل قوله: **(قولهم في هذا الموضع الخ)** أقول: على ما مر في الهداية في فصل ما يتحمله الشاهد، وأشار إليه هنا. ثم اعلم أن قوله قولهم مبتدأ وخبره قوله مزيفاً قوله: **(فلا يحصل العلم للقاضي)** أقول: هكذا فيما ظفرنا به من نسخ العناية ومعراج الدراية، ولعله سهو، والصحيح فلا يحصل العلم للفرع قوله: **(لأن الفرع لا يسعه، إلى قوله: عند القاضي في مجلسه)** أقول: فيه بحث فإنه لو أراد أنه لا يسعه بعد ما شهد في مجلس القاضي ولم يحكم بموجبها فذلك كذلك؛ إلا أنه لا يلزمهم، فإن مرادهم أنها لا تكون حجة إلا في مجلس القاضي إذا حكم بموجبها، وإن أراد أنه لا يسعه بعد الحكم بها فذلك لكونها لغواً من الكلام إذ يجب عليه أن يشهد بحكم القاضي حينئذ فليتأمل قوله: **(ووجه ذلك أن الأصل الخ)** أقول مراد القوم أيضاً ليس إلا ذلك كما لا يخفى على ذي تأمل، فإن الولاية تنفيذ القول على الغير شآ أو أبى فما لم يحم القاضي بشهادته لا يظهرن للأصول ولاية ولا يوجد إبطال ولايته، فقولهم لا يكون حجة إلا في مجلس القاضي إشارة إلى هذا.

قال: **(ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم)** لأن جوازها للحاجة، وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز. وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في

التحميل **(لأنه لا بد من النقل)** يعني إلى مجلس القاضي **(ليصير حجة فيظهر)** بالنقل **(تحميل ما هو حجة)** يعني شهادة الأصول، وهذا الكلام يقتضي أن وجوب التحميل لوجوب النقل، والنقل لا يتحقق إلا بالتحميل، حتى لو سمع شاهداً يقول لرجل اشهد على شهادتي إلى آخره ليس له أن يشهد على شهادته لأنه إنما حمل غيره بحضرته، فإذا نقل ظهر للقاضي أنه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة، بخلاف ما لو سمع قاضياً يقول لآخر قضيت عليك بكذا أو على فلان فإنه يجب أن يشهد على قضائه بلا تحميل لأن قضاءه حجة كالبيع والإقرار، بخلاف الشهادة ليست نفسها حجة حتى تصل إلى القاضي. ولقائل أن يقول: كون النقل إلى القاضي والحجية تتوقف على التحميل شرعاً مما يحتاج إلى دليل إن لم يكن فيه إجماع الأمة، وهو منتف على الأصح عند الشافعية وإلا فالاتفاق على أن من سمع إقرار رجل له أن يشهد عليه بما سمع منه وإن لم يشهده، بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فإخراج الإقرار بشهادة الشاهد بشهادته على فلان يحتاج إلى دليل من الشرع. وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجهه أمراً آخر وهو أن الأصل له منفعة في نقل شهادته، فإن شهادته حق عليه يلزمه أداؤه إذا طلب منه من هي له، ومقتضى هذا أن لا يحتاج إلى التوكيل والتحميل لأن من عليه دين إذا تبرع إنسان بقضاء دينه جاز وإن لم يكن بأمره لكن فيها مضرة إهدار ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على أمره ورضاه فيشترط كمن له ولاية إنكاح صغيرة لو نكحها إنسان لا بأمره لا يجوز ذلك قوله: **(ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام)** ولياليها **(فصاعداً أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم**

من وجه، وهو أن الشهادة مستحقة على الأصل يجب عليه إقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين. ومن عليه الدين إذا تبرّع إنسان بقضائه عنه يجوز وإن لم يكن بأمره، فباعتبار هذا لا يشترط الأمر لصحتها، غير أن فيها مضرة من حيث أنها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وإبطال ولايته بدون أمره مضرة في حقه، فباعتبار هذا يشترط الأمر وصار كمن له ولاية في إنكاح الصغيرة إذا أنكحها أجنبي بغير أمره لا يجوز لما فيه من إبطال الولاية عليه. وهذا كلام حسن لسد الخلل. وأما عبارة المشايخ فهي مشكلة ليس فيها إشعار بالمطلوب، وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في أول الشهادات بوجه آخر مفيد، والله أعلم. قال: **(ولا تقبل شهادة شهود الفرع الخ)** قد تقدم أن مجوّز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا تجوز ما لم يوجد ولا تقبل إلا أن يموت الأصول أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام أو يمرضوا مرضاً يمنعهم الحضور إلى مجلس الحكم لأن الحاجة تتحقق بهذه الأشياء لعجز الأصول عن إقامتها، وإنما اعتبر السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً حتى أدير عليها عدة أحكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الأضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم أو زوج **(وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح له الإشهاد)** دفعاً للحرج، و **(إحياء لحقوق الناس قالوا: الأول)** أي التقدير بثلاثة أيام **(أحسن)** لأن العجز

قوله: **(لما فيه من إبطال الولاية عليه)** أقول: إلى هنا كلام الفوائد الظهيرية قوله: **(وقد تقدم لنا الخ)** أقول: في فصل ما يتحمله الشاهد وقد تقدم لنا كلام على كلامه هناك فراجعه قال المصنف: **(وبهذه الأشياء الخ)** أقول: الظاهر أن تقديم الجار لإفادة الحصر قال المصنف: **(والثاني أرفق)** أقول: أي بأرباب الحقوق من الناس فإن الشهود ربما لا يقيموا الحسبة من مسيرة السفر لما فيه من الحرج فينوي الحقوق خصوصاً في ذلك الزمان الذي ظهر التواني في الأمور الدينية أو المراد الرفق بالشهود حيث لا يكلف ما فيه حرج عليه ولا يلزمه مشقة الحضور والظاهر هو الأول بشهادة السباق.

أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس، قالوا: الأول أحسن والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

قال: **(فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز)** لأنهم من أهل التزكية **(وكذا إذا شهد شاهدان فعدّل أحدهما الآخر صح)** لما قلنا، غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه، كيف وأن قوله في حق نفسه وإن ردّت شهادة صاحبه فلا تهمة.

لأن جوازها للحاجة، وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز، وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة) فقدرت بمسافة اعتبرها الشرع بعيدة حتى أثبت رخصاً عندها من الفطر والقصر وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الأضحية والجمعة **(وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لا يستطيع أن يبيت في أهله لو غدا لأداء الشهادة صح شهادة الفروع إحياء لحقوق الناس، قالوا: الأول أحسن)** يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع **(والثاني أرفق إحياء لحقوق الناس)** وفي الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية **(وبه أخذ الفقيه أبو الليث)** وذكره محمد في السير الكبير. وعن محمد: تجوز الشهادة كيفما كان حتى روي أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل. وقال الإمام السرخسي وغيره: يجب أن تجوز على قولهما خلافاً لأبي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة يجوز عندهما بلا رضا الخصم، وعنده لا إلا برضاه وإلا قطع، صرح به عنهما فقال: وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل وإن كانوا في المصر.

[فروع] خرس الأصلان أو عميا أو جنا أو ارتدّا والعياذ بالله تعالى أو فسقا لم تجز شهادة الفروع، وتجوز شهادة الابن على شهادة الأب دون قضائه في رواية، والصحيح الجواز فيهما. ولو شهد واحد على شهادة نفسه. وآخران على شهادة غيره صح، وتقبل الشهادة في النسب وكتاب القاضي إلى القاضي. وفي الأصل: لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل، لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة، لأنها لو قبلت ثبت بشهادة الأصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الأصل الغائب، ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق، كذا ذكره الإمام السرخسي. ولم يزد في شرح الشافي على تعليله بأن شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان، بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح. ولو شهدا على شهادة رجلين بشيء ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الأصلان ونهيا الفروع عن الشهادة وإن كثروا. سمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما أن يشهدا أن القاضي قضى عليه وإن كانا سمعا من القاضي في المصر أو سواده في رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الأقيس وعن أبي يوسف: لا يجوز إن سمعاه في غير مجلس القاضي، وهذا أحوط قوله: **(فإن عدل شهود الأصل الخ)** شهود الأصل منصوب مفعولاً وشهود الفرع فاعل. والحاصل أنه إذا شهد الفرعان فإن علم القاضي عدالة كل من الفروع والأصول قضى بموجب الشهادة، وإن لم يعلم عدالة الأصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الأصول فإن عدلوهم جاز لأنهم من أهل التزكية فتقبل **(وكذا لو شهدا**

شرعاً يتحقق به كما في سائر الأحكام التي عددناها فكان موافقاً لحكم الشرع فكان أحسن **(والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث)** وكثير من المشايخ. وروي عن أبي يوسف ومحمد أنها تقبل وإن كانوا في المصر لأنهم ينقلون قولهم فكان كنقل إقرارهم **(فإن عدل شهود الأصل شهود الفروع جاز)** وحاصل ذلك أن الفرعين إذا شهدا على شهادة أصلين فهو على وجوه أربعة: إما أن يعرفهما القاضي أو لا يعرفهما، أو عرف الأصول دون الفروع أو بالعكس، فإن عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما، وإن لم يعرفهما يسأل عنهما، وإن عرف الأصول دون الفروع يسأل عن الفروع، وإن عرف الفروع يسأل عن الأصول، فإن عدل الفروع الأصول تثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لأنهم من أهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة **(وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا)** إنه من أهل التزكية. وقوله: **(غاية الأمر)** ردّ لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لأنه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهماً، فأشار إلى رده بقوله غاية الأمر: أي غاية ما يرد

قال: **(وإن سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم)** وهذا عند أبي يوسف رحمه الله. وقال محمد رحمه الله: لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل. ولأبي يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل، لأنه قد يخفى عليهم، وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا.

اثنان فعدّل أحدهما) وهو معلوم العدالة للقاضي **(الآخر جاز)** خلافاً لقول بعض المشايخ إنه لا يجوز لأنه متهم في ذلك حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته، وذلك ما أشار إليه المصنف بقوله: **(غاية الأمر أن فيه منفعة إلى آخره، لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه)** يعني أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها، فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعاً كذا ما نحن فيه **(وإن سكتوا)** أي الفروع عن تعديل الأصول حين سألهم القاضي **(جازت)** شهادة الفروع **(ونظر القاضي)** في حال الأصول، فإن عدّلهم غيرهم قضى وإلا لا **(وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد)** إذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم **(لا تقبل)** شهادة الفروع لأن قبولها باعتبار أنها نقل شهادة ولم تثبت شهادة الأصول فلا تقبل شهادة الفروع **(ولأبي يوسف أن المأخوذ)** أي الواجب **(على الفروع ليس إلا نقل)** ما حملهم الأصول **(دون تعديلهم)** فإنه قد يخفى حالهم عنهم، فإنهم إذا نقلوا ما حملوهم على القاضي أن يتعرف حالهم منهم أو من غيرهم وصار كما لو حضر الأصول بنفسهم وشهدوا وحينئذ ظهر أن ليس سؤال القاضي الفروع عن الأصول لازماً عليه بل المقصود أن يتعرف حالهم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية إن كانوا عدولاً فسؤالهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم، فإن كان عندهم علم فقد قصرت المسافة وإلا احتاج إلى تعرف حالهم من غيرهم، كذا ذكر الخلاف الناصحي في تهذيب أدب القاضي للخصاف وصاحب الهداية. وذكر شمس الأئمة فيما إذا قال الفروع حين سألهم القاضي عن عدالة الأصول لا نخبرك بشيء لم تقبل شهادتهما: أي الفروع في ظاهر الرواية، لأن هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا نتهمهم في هذه الشهادة. ثم قال: وروي عن محمد رحمه الله أنه لا يكون جرحاً لأنه يحتمل كونه توقيفاً في حالهم فلا يثبت جرحاً بالشك انتهى. وعن أبي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرهما. ولو قالا: لا نعرف عدالتهما ولا عدمها، فكذا الجواب فيما ذكره أبو علي السغدي. وذكر الحلواني أنها تقبل ويسأل عن الأصول وهو الصحيح لأن الأصل بقي مستوراً فيسأل عنه. وذكر هشام عن محمد في عدل أشهد على شهادته شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو

فيه من أمر الشبهة أن يقال: ينبغي أن لا يصح تعديله لأنه متهم بسبب **(أن في تعديله منفعة)** له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به **(لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه)** فإنه يحتمل أن يقال: إنما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وإن لم يكن له شهادة فيه في الواقع **(كيف)** يكون ذلك مانعاً وأنه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لأن قوله: **(في نفسه مقبول وإن ردّت شهادة صاحبه)** حتى إذا انضمّ إليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما **(فلا تهمة، وإن سكتوا عن تعديلهم)** وقالوا لا نخبرك **(جازت)** شهادتهم **(و)** لكن **(ينظر القاضي في حال الأصول)** بأن يسأل من المزكين غير الفروع **(عند أبي يوسف رحمه الله. وقال محمد: لا تقبل)** شهادة الفروع **(لأن لا شهادة إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل)** ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الأصول لأن التعديل قد يخفى عليهم فإذا نقلوا فقد أقاموا ما وجب عليهم. ثم القاضي **(يتعرف العدالة كما إذا حضر الأصول بأنفسهم فشهدوا)** وإذا قالوا لا نعرف أن الأصول عدول أو لا؟ قيل ذلك وقولهم لا نخبرك سواء، وكأنه أشار إليه بقوله فإذا لم يعرفوها. وقال شمس الأئمة الحلواني: لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الأصول غيرهما وهو الصحيح، لأن شاهد الأصل بقي مستوراً **(وإن أنكر شهود الأصول الشهادة)** بأن قالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء

قوله: **(وكأنه أشار إليه الخ)** أقول: وجه الإشارة أنهم لو عرفوها لأخبروا بها، نعم لو قال: فإذا لم يخبروا بها لكان أوضح في ذلك.

قال: **(وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الشهود الفرع)** لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط **(وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم، وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا: لا ندري أهي هذه أم لا فإنه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة)** لأن

عشرين سنة ولا يدرى أهو على عدالته أم لا؟ فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله، إن كان الأصل مشهوراً كأبي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما عنه لأن عثرة المشهور يتحدث بها، وإن كان غير مشهور لا يقضى به، ولو أن فرعين معلوماً عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لا خير فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما، وإن قال ذلك أحدهما لا يلتفت إلى جرحه. وفي التتمة: إذا شهد أنه عدل وليس في المصر من يعرفه، فإن كان ليس موضع للمسألة: يعني بأن تخفى فيه المسألة سألهما عنه أو بعث من يسألهما عنه سراً، فإن عدلاه قبل وإلا اكتفى بما أخبراه علانية قوله: **(وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع)** لأن إنكارهما الشهادة إنكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوقوعه، وخبر الأصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض قوله: **(وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على لانة بنت فلان الفلانية بألف درهم)** هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه. فيقولان قد أخبرانا أنهما يعرفانها ويجيئان بامرأة فيقولان لا ندري هي هذه أم لا؟ قال: يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة الفلانية بعينها فأجيز الشهادة. والمصنف أفرد فقال: **(فجاء بامرأة)** يعني المدعي جاء بها وهو أنسب وهذا **(لأن الشهادة)** بالألف **(على المعرّفة بالنسبة قد تحققت)** بالشهادة المذكورة للفروع **(والمدعي يدعي)** الألف **(على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة)** التي بها شهدا بالألف عليها. قال المصنف **(ونظير هذا إذا تحملوا شهادة ببيع محدودة)** قال قاضيخان: وهذا كرجلين يشهدان أن فلاناً اشترى داراً في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أن هذه الأرض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء. وهذا التصوير أوفق بالكتاب حيث قال: تحملوا الشهادة ببيع محدود. وذكر التمرتاشي رحمه الله: وصار كرجل ادعى محدوداً في يد رجل وشهد شهوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود يقال للمدعي هات شاهدين أن الذي في يده محدود بهذه الحدود. ثم

الفروع يشهدون بشهادتهم **(لم تقبل شهادة شهود الفرع لأن التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الأصول وخبر الفروع، وهو)** أي التحميل **(شرط)** صحة شهادة الفروع. قال: **(وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين الخ)** إذا شهد فرعان على شهادة أصلين **(على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالا أخبرانا)** الأصلان **(أنهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقالا)** الفرعان **(لا نعلم أهي هذه أم لا يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها هي، لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة. ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري)** بعد ما أنكر أن يكون المحدود بها في يده **(لا بد من)** شاهدين **(آخرين يشهدان بأن المحدود بها في يد المدعى عليه، وكذا إذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود، وكذلك إذا كتب قاضي بلد إلى آخر)** شاهدان شهدا

قال المصنف: **(وإن أنكر شهود الأصل الشهادة)** أقول: قال الزيلعي: أي الإشهاد، ومعناه: إذا قال شهود الأصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لأن التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين الخبرين اهـ. وفي الكافي: معنى المسألة أنهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة، أما مع حضرتهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا انتهى. فظهر مما ذكره الزيلعي وما في الكافي أن الحكم واحد، سواء أنكر الأصول شهادتهم بنفس الحادثة أو أنكروا إشهادهم الفروع على شهادتهم. نعم ظاهر كلام الهداية على ما صوره في الكافي لا على ما صوره الزيلعي، فإنه قال الشهادة لا الإشهاد **(قول المصنف فجاء بامرأة الخ)** أقول: لعل الفاء للترتيب الذكري إذ لا يسمع الشهادة قبل حضور الخصم، أو قوله شهد الرجلان بمعنى أرادا الشهادة، ولعل هذا هو الأولى، ويدل عليه قول الإمام التمرتاشي ليمكن للشاهد الإشارة إليها في الشهادة.

الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة، ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه، وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده.

قال: **(وكذا كتاب القاضي إلى القاضي)** لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور

تصوير المصنف يصدق فيما إذا كان المدعي شفيعاً والمحدود في يد المشتري فادعاه لطلب الشفعة فقال المشتري العين الذي في يدي بطريق الشراء ليس بهذه الحدود. ثم قال المصنف **(قال)** يعني محمد في الجامع الصغير **(وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي)** فإنه ذكر فيه المسألتين فإنه قال بعد قوله فأجيز الشهادة، وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي بشهادة شاهدين. وقال أبو حنيفة رحمه الله **(إن قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها)** إلى هنا لفظ الجامع الصغير: يعني أن القاضي إذا كتب في كتابه إلى القاضي الآخر أن شاهدين عدلين شهدا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فأحضر المدعي امرأة في مجلس القاضي المكتوب إليه وقال هي هذه يقول له المكتوب إليه هات شاهدين يشهدان أن التي أحضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب لتمكن الإشارة إليها في القضاء عليها. قوله: **(إلا أن القاضي الخ)** جواب عن مقدر وهو أنه إذا كان في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي أن لا يقبل قول القاضي وحده لأنه كشاهد الفرع شهد على الأصول بما شهدوا به فقال إن للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل. ثم قال المصنف: قال: ولو قالوا في هذين فلفظ قال أيضاً على ما ذكرنا من قول المصنف نقلاً للفظ الجامع على ما نقلناه آنفاً: أي قال في الجامع: قال أبو حنيفة: لو قالوا في هذين البابين: أي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها إلى فخذها، يريد القبيلة الخاصة التي ليس دونها أخص منها، وهذا على أحد قولي اللغويين وهو في الصحاح. وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وأنه بتسكين الخاء والجمع أفخاذ، وجعله في ديوان الأدب بكسر الخاء وأنه

عندي أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فأحضر المدعي فلاناً في مجلس القاضي المكتوب إليه ودفع إليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين يشهدان أن هذا الذي أحضرته هو فلان المذكور في الكتاب لتمكن الإشارة إليه في القضاء، **(لأنه)** أي كتاب القاضي إلى القاضي **(في معنى الشهادة)** على الشهادة **(إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل)** فلا يلزم ما قيل تمثيل كتاب القاضي إلى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب، إذ العدد من شأنهم دون الكتاب لأن ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد **(ولو قال الشهود في هذين البابين)** يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي **(فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة)** يعني التي لا خاصة دونها. قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست: أولها الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ. وقال في غيره: إن الفصيلة بعد الفخذ؛ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل، والقبائل تجمع العمائر، والعمارة بكسر العين تجمع البطون، والبطن يجمع الأفخاذ، والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل **(وهذا)** أي عدم الجواز **(لأن التعريف لا بد منه، ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية**

قال المصنف: **(ونظير هذا، إلى قوله: في يد المدعى عليه)** أقول: قال في النهاية: ثم فائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهر إذا ادعى الشفيع أن فلاناً باع والمحدود في يد المشتري ولي حق الشفعة، وأما لو كان المدعي هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة إلى كون المبيع في يد المشتري لأن للبائع ولاية مطالبة الثمن من المشتري سواء كان في يد البائع أو في يد المشتري انتهى. ويظهر أيضاً إذا ادعى المدعي الاستحقاق وإثبات البيع حينئذ لأن كون المحدود للبائع قد يكون مشهوراً والمدعى عليه يدفعه بناء عليه بأن يده ليست يد خصومة، ولا يندفع ذلك إلا بإثبات الشراء فتأمل قوله: **(فجاء المدعي بامرأة)** أقول: أنكرت أنها إياها قوله: **(ونظير هذا إذا تحملوا، إلى قوله: في يده الخ)** أقول: فيه أن دعوى العقار لا بد أن يشهدوا على كون المدعي في يد المدعى عليه وإن اعترف هو به على ما سيجيء قوله: **(الذي في يدي الخ)** أقول: قوله الذي في يدي مبتدأ، وقوله غير محدود خبره قوله: **(ودفع إليه الكتاب الخ)** أقول: وأنكر المدعى عليه كونه فلان بن فلان.

ولايته ينفرد بالنقل **(ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها)** وهي القبيلة الخاصة، وهذا لأن التعريف لا بد منه في هذا، ولا يحصل بالنسبة إلى العامة وهي عامة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون، ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة. وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة، **(وقيل السمرقندية والبخارية عامة)** وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة، وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة. ثم التعريف وإن كان يتهم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى، والله أعلم.

أقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف والزبير فقال: والعرب على ست طبقات: شَعْبٌ، وقبيلة، وعمارة، وبطن، وفخذ، وفصيلة، فالشعب تجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمائر، والعمارة تجمع البطون، والبطن تجمع الأفخاذ والفخذ يجمع الفصائل، فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير، وسميت شعوباً لأن القبائل تتشعب منها، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصيّ بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة. وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها إلى الفصيلة لأنها دونها، ولهذا قال تعالى: ﴿وفصيلته التي تؤويه﴾ [المعارج: ١٣] وقدمنا في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة العشيرة. والعمارة بكسر العين، والشعب بفتح الشين، وأسلفنا هناك ذكرها منظومة في شعر. ثم إنما لم يكتف بذكر نحو التميمية لأنها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك. ونقل في الفصول عن قاضيخان: إن حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج إلى ذكر الجد، وإن كان لا يحصل بذكر الأب والجد لا يكتفي بذلك. وفي الفصل العاشر في فصول الاستروشني: رأيت بخط ثقة: لو ذكر اسمه واسم أبيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل. وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء. فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه هل يكفي؟ فيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه لا يكفي. وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف، فإذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لأنه وقع في فصل مجتهد فيه، قال: كذا رأيت في بعض الشروط. ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضي لأنه قد لا يعرفه، ولو نسبه إلى مائة جد وإلى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك، فإنه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما،فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي بذلك. الأوجه منه ما نقل في الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء، غير أنهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد أو لا، ونظير ما ذكر في النسب ما ذكر في النسبة إلى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة إلى جد مشهور مثل أن يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره أبو الليث **(وقيل السمرقندية والبخارية عامة)** بخلاف الأوزجندية **(وقيل)** في النسبة **(إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة)** ثم قال المصنف **(ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عن أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف)** في عدم اشتراطه ذكر الجد **(على ظاهر الروايات، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأن الفخذ اسم الجد الأعلى)** أي الجد الأعلى في ذلك الفخذ الخاص فنزل منزلة الجد الخاص، وهذا تعليل لقول أبي حنيفة المنقول في الجامع: **إن** قالا في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها، فإنه ذكره فيما إذا قالا فلانة بنت فلان الفلانية من غير ذكر جد، فعلم أن الفلانية يقوم مقام الجد إذا كان نسبة إلى أخص الآباء.

عامة) بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون فكم تكون بينهم نساء اتحدت أساميهن وأسامي آبائهن **(ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة)** ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأن الفخذ اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى في النسبة وهو أب الأب.

قوله: **(قال في الصحاح: الفخذ آخر القبائل الخ)** أقول: هذا يدل على أن القبيلة قد تطلق على كل واحد من هذه الست فيكون مشتركاً أو مجازاً على سبيل التغليب قوله: **(والقبائل تجمع الخ)** أقول: والظاهر أن يقال والقبيلة الخ.

فصل

قال: (أبو حنيفة رحمه الله: شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره. وقالا: نوجعه ضرباً ونحبسه) وهو قول الشافعي رحمه الله. لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه، ولأن

(قال أبو حنيفة رحمه الله: شاهد الزور الخ) أخر حكم شهادة الزور لأنها خلاف الأصل، إذ الأصل الصدق لأن الأصل في الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان، وشاهد الزور لا يعرف إلا بإقراره بذلك ولا يحكم به بردّ شهادته لمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعي له إذ قد يكون محقاً في المخالفة أو للمدعي غرض في أذاه. وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد فيجيء حياً. ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم. وإذا ثبت كونه شاهد زور. فقال أبو حنيفة رحمه الله: يعزّر بتشهيره على الملأ في الأسواق ليس غير (وقالا: نوجعه ضرباً ونحبسه) فصار معنى قوله ولا أعزره لا أضرب به. فالحاصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بتشهير حاله في الأسواق، وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية أو هما أضافا إلى ذلك الضرب والحبس وبقولهما قال الشافعي ومالك (لهما ما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً) رواه ابن أبي شيبة: حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن أبي مالك أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله بالشام أن شاهد الزور يضرب أربعين سوطاً ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطال حبسه. وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول أن عمر ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً. وقال: أخبرنا يحيى بن العلاء. أخبرني أبو الأحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر بشاهد الزور أن يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل[1]. فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابي ظاهر، أما من لا يراه فبوجهين: أحدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان إجماعاً، وليس بشيء لأن الإنكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد، فإذا فرض أنه أداه اجتهاده إلى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد في محل اجتهاده فلا حجة في هذا السكوت. والثاني أنه أتى كبيرة من الكبائر. على ما صرح به النبي ﷺ فيما روى البخاري أنه ﷺ قال: «ألا أخبركم بأكبر الكبائر؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: الشرك بالله، وعقوق الوالدين، وكان متكئاً فجلس قال: ألا وقول الزور وشهادة الزور، فما زال يكررها حتى قلنا لا يسكت»[2] وقرن تعالى بينها وبين الشرك فقال ﴿فاجتنبوا

فصل

(قال أبو حنيفة رحمه الله: شاهد الزور أشهره في السوق الخ) شاهد الزور، وهو الذي أقرّ على نفسه أنه شهد بالزور أو شهد بقتل رجل فجاء حياً يعزّر، وتشهيره تعزيره عند أبي حنيفة، فقوله ولا أعزره: يعني لا أضربه، وقالا: نوجعه ضرباً ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك. لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة، من السخام: وهو سواد القدر، أو بالحاء المهملة من الأسحم وهو الأسود. لا يقال: الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما، لأنهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع، ولا يبلغ التعزير إلى أربعين لأن مقصودهما إثبات ما نفاه أبو حنيفة من التعزير بالضرب فإنه يدل على أن أصل الضرب مشروع في تعزيره، وما زاد على ذلك كان محمولاً على السياسة. قوله: (ولأن هذه) أي شهادة الزور (كبيرة) ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان

فصل

قوله: (لأن مقصودهما الخ) أقول: جواب لقوله لا يقال الاستدلال به الخ.

---

(١) أثر عمر. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/٨٨ ونسبه لابن أبي شيبة في الحدود، وكذا لعبد الرزاق في مصنفيهما.

(٢) متفق عليه. وقد تقدم في باب: من تُقبل شهادته ومن تُرد. في ٢/٤١٢.

هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزّر. وله أن شريحاً كان يشهر ولا يضرب، ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفي به، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعاً عن الرجوع فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه. وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين

الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾ [الحج: ٣٠] وإذا كانت كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيها التعزير، وهذا لا ينتهض على أبي حنيفة فإنه إنما يقتضي التعزير وهو لا ينفيه، بل قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق أنه ينتهض عليه لأنه ينفي ضربه وهما يثبتانه، فإن كان الضرب زيادة في التعزير فليكن إذ قد ثبت الزيادة فيه به **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن شريحاً رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب)** روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار: أنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم عمن حدثه عن شريح أنه كان إذا أخذ شاهد الزور، فإن كان من أهل السوق قال للرسول قل لهم إن شريحا يعرّفكم ويقول لكم إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه، وإن كان من العرب أرسل به إلى مجلس قومه أجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الأولى. ونحوه ما رواه ابن أبي شيبة: حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي حصين قال: كان شريح يبعث شاهدَ الزور إلى مسجد قومه أو إلى السوق ويقول إنا زيفنا شهادة هذا. وفي لفظ: كان يكتب اسمه عنده. وقال الخصاف في أدب القاضي: حدثنا وكيع قال: حدثنا سفيان عن أبي حصين قال: كان شريح يبعث بشاهد الزور فأدخل بين وكيع وأبي حصين سفيان. وقد يقال: ليس في هذه الرواية ما يصرح بأنه لم يضر به بل لأنه فعل ذلك، ولا ينفي هذا أن يقول مع شيء آخر. ثم وجدنا هذا المحتمل مروياً. قال عبد الرزاق: أنا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال: أتى شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به إلى مسجد يعرّفه الناس[1]، غير أن أبا حنيفة يقول: إن فرضنا أنه وقع الضرب وقد قلنا إنه إنما يعرف شاهد الزور بإقراره فكان ذلك قبل أن يدري شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك، فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فرجع، فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقراً في النفوس يكون صارفاً له عن الرجوع وحاملاً على التمادي فوجب أن يترك ويكتفي بما ذكرت من التعزير، هذا بعد العلم بأنه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله ﷺ فجاز أن يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر. وأما الجواب

واجتنبوا قول الزور﴾ وبالسنة وهو ما روى أبو بكرة عن أبيه أن النبيّ ﷺ قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قلنا: بلى يا رسول الله، قال: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وكان متكئاً فجلس فقال: ألا وقول الزور، وشهادة الزور، فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت» **(وتعدّى ضررها إلى العباد)** بإتلاف أموالهم **(وليس فيه حد مقدر فيعزره. ولأبي حنيفة رحمه الله أن شريحاً رحمه الله كان يشهر ولا يضرب)** وكان ذلك في زمن عمر وعليّ رضي الله عنهما والصحابة متوافرة، وما كان يخفى ما يعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروى عنهما وحل محل الإجماع **(ولأن المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفي به. والضرب وإن كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعاً من الرجوع)** فإنه إذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق **(فوجب التخفيف من هذا الوجه)** وذلك بترك الضرب **(وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى**

قال المصنف: **(أجمع ما كانوا)** أقول: حال من الظرف: أي حال كونه أجمع الأوقات التي كانوا فيها أو أجمع أوقات أكوانهم على أن ما مصدرية كما في: أخطب ما يكون الأمير قائماً، وهذا أولى، ويجوز أن يكون بدلاً من بعد العصر بل صفة له قال المصنف: **(يقرئكم السلام)** أقول: قرأ عيه السلام أبلغه، ولا يقال أقرأه إلا إذا كان مكتوباً، كذا في القاموس، فحينئذ يكون استقامة ما في الكتاب بأن يكتب شريح إليهم كتاباً ينقل رسوله ما فيه إلى القوم قوله: **(أجمع ما كانوا: أي مجتمعين الخ)** أقول: فيه بحث، بل المعنى ما ذكرنا قوله: **(فيمن كان تائباً أو مصراً)** أقول: وقع في بعض النسخ لفظ الإقرار بدل لفظ الإصرار، والصحيح الإصرار.

---

(١) أثر شُريح القاضي في نصب الراية ٤/٨٨.

والتسخيم د. ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله، فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً، وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا، ويقول: إن شريحاً يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضاً. والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما، وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود **(وفي الجامع الصغير: شاهدان أقرّا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران)** وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقرّ على نفسه بذلك، فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينات للإثبات، والله أعلم.

بأن ما روي من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة، فإذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله، فقد يردّ بما ذكرنا من كتاب عمر به إلى عماله في البلاد. وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ إلى الأربعين ولا يبلغ بالتعزير إلى الحدود فليس بشيء، فإن ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه، وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمسة وسبعون وتسعة وسبعون فجاز كون رأي عمر رضي الله عنه كذلك. وأما كون التسخيم[1] مثلة منسوخة فقد يكون رأي عمر رضي الله عنه أن المثلة ليست إلا في قطع الأعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم، لا باعتبار عرض يغسل فيزول.

واعلم أنه قد قيل إن المسألة على ثلاثة أوجه: إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول لهم شهدت في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزّر بالضرب بالاتفاق، وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزّر اتفاقاً، وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور. وقيل لا خلاف بينهم. فجواب أبي حنيفة رحمه الله في التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعي الله تعالى. وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة. والتسخيم بالجرّ عطفاً على قوله بدلالة التبليغ: يقال سخم وجهه، إذا سوده من السخام وهو سواد القدر، وقد جاء بالحاء المهملة من الأسحم وهو الأسود. وفي المغني: ولا يسحم وجهه بالخاء والحاء.

الأربعين) وهو منهي عنه. قال ﷺ: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين» (و) بدلالة **(التسخيم)** هذا تأويل شمس الأئمة، وأوله شيخ الإسلام بأن المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير، فإن الخجل يسمى مسوداً مجازاً، قال الله تعالى: **﴿وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظلّ وجهه مسوداً﴾ (وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رحمه الله أنه كان يبعث إلى سوقه، إن كان سوقياً، أو إلى قومه إن لم يكن سوقياً بعد العصر أجمع ما كانوا)** أي مجتمعين، أو إلى موضع يكون أكثر جمعاً للقول ويقول: **(إن شريحاً يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس. وذكر شمس الأئمة أن عندهما أيضاً يشهر، والحبس والتعزير مقداره مفوّض إلى ما يراه القاضي)** ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائباً أو مصراً أو مجهول الحال. وقد قيل إن رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف، وإن رجع على سبيل الإصرار يعزر بالضرب من غير خلاف، وإن لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا. ثم إنه إذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أو لا؟ إن كان فاسقاً تقبل لأن الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة، ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة أشهر، وعند آخرين سنة. قالوا: والصحيح أنه مفوّض إلى رأي القاضي. وإن كان مستوراً لا تقبل أصلاً. وكذا إن كان عدلاً على رواية بشر عن أبي يوسف لأن الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء. وروى أبو جعفر أنها تقبل. قالوا: وعليه الفتوى. قال: **(وفي الجامع الصغير)** وذكر أن فائدة ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بأنه الذي أقرّ على نفسه بذلك، فإما إثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لأنه نفي للشهادة والبينات شرعت للإثبات، ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص وظهر حياً أو بموته وكان حياً إما لندرته وإما لأنه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك، والله أعلم.

---

(١) سَخَّمَ وجهه: أي سَوَّد وجهه، ويُسَخَّمُ: يُسَوَّد. من السُّخام، وهو سواد القدر. وأما بالحاء فهو من الأسحم الأسود.

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال: **(إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت)** لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي

كتاب الرجوع عن الشهادة

لما كان هذا إيجاب رفع الشهادة وما تقدم إيجاب إثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذاك للموازاة بينهما، وإلا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتاباً كما لذاك ولتحققه بعد الشهادة، إذ لا رفع إلا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده، كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالباً إلا لتقدمها عمداً أو خطأ قوله: **(إذا رجع الشهود عن الشهادة سقطت)** عن الاعتبار فلا يقضى بها لأن كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا لا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض، ولأنه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتماله الصدق كالأول، فليس القضاء بأحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما. قالوا: ويعزّر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده، ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن الزور إن تعمده، أو التهوّر والعجلة إن كان أخطأ فيه، ولا تعزير على التوبة وعلى ذنب ارتفع بها وليس فيه حدّ مقدر قوله: **(ولا ضمان عليهم)** لأنهم لم يتلفوا شيئاً على المشهود له أو عليه قوله: **(فإن حكم الخ)** إذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم، وإن رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثاني ليس أولى من كلامهم الأول، ولا الأول أولى من الثاني فتعارضا، ولا ترجيح قبل الحكم لأحد الكلامين فلا يحكم بأحدهما، وبعده ترجح الأول لاتصال القضاء به لأنه مؤكد لحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الأقوى بالأدنى، لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم، وإنما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم: أعني اتصال القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بأنه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بأن تسببهم في ذلك الإتلاف كان تعدياً لأنه وقع على خلاف الحق، والتسبب في الإتلاف تعدياً سبب للضمان. وكان أبو حنيفة رحمه الله أوّلاً يقول: ينظر إلى حال الشهود، إن كان

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات. وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر، إذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زوراً وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصاً من عقاب الكبيرة، فإذا رجع الشهود عن شهادتهم بأن قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به أو شهدنا بزور فيما شهدنا، فإما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده، فإن كان الأول سقطت الشهادة عن إثبات الحق بها على الغريم لأن الحق إنما يثبت بقضاء القاضي، ولا قضاء هاهنا لأن القاضي لا يقضي بكلام متناقض، ولا ضمان عليهما لأن الضمان بالإتلاف، ولا إتلاف هاهنا، لأنهما ما أتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المدعى عليه. أما على المدعى عليه فظاهر، وأما على المدعي فلأن الشهادة إن كانت حقاً في الواقع ورجعوا عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها، وإن كان الثاني لم يفسخ الحكم لأن الكلام الثاني يناقض الأول، والكلام المناقض ساقط العبرة عقلاً وشرعاً فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدي إلى التسلسل، وذلك لأنه لو كان معتبراً لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى، وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع، ولأن الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالأول، وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه إلى الترجيح، وقد ترجح

كتاب الرجوع عن الشهادة

قوله: **(وأما على المدعي الخ)** أقول: ظاهره لا يوافق الدعوى قال المصنف: **(فلا ينتقض الحكم بالتناقض)** أقول: لعل المتناقض بمعنى المناقض لكونه ساقط العبرة عقلاً وشرعاً كما سيصرح به آنفاً قوله: **(لئلا يؤدي إلى التسلسل الخ)** أقول: كلام قليل الجدوى مع الغناء عنه قوله: **(كالملجأ من جهتهم)** أقول: أي من جهة الشهود قوله: **(واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين)** أقول: أي في فصل الرجوع قبل الحكم بها وبعده قوله: **(وهو مسلم فإن الرجوع إقرار الخ)** أقول: ويجوز تقريره معارضة قوله: **(والجواب أن الاستحقاق**

بكلام متناقض، ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المشهود عليه **(فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم)** لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به **(وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم)** لإقرارهم على أنفسهم بسبب

حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الأداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسهم، وفي حق غيرهم فيعزّرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه، وإن كانوا عند الرجوع كحالهم عند الأداء أو دونه يعزّرون، ولا ينقض القضاء، ولا يجب الضمان على الشاهد. وهذا قول أستاذه حماد بن سليمان. ثم رجع إلى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال، فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه لما قلنا وهو قولهما قوله: **(ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم)** سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره، وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال، وإليه أشار المصنف حيث قال **(وإذا لم يصح في غير مجلس القاضي، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما)** أنهما لم يرجعا **(لا يحلفان وكذا)** لو أقام بينة على هذه الرجوع **(لا تقبل لأنه ادعى رجوعاً باطلاً)** وإقامة البينة وإلزام اليمين لا تقبل إلا على دعوى صحيحة. ثم قال **(حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل)** فهذا ظاهر في تقييد صحة الرجوع بذلك، ونقل هذا عن شيخ الإسلام. واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمان، وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد، وذكر أنه إنما تركه تعويلاً على هذا الاستبعاد، ويتفرّع على اشتراط المجلس أنه لو أقرّ شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء، ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع، ولو أقر في مجلس قاض أنه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعاً عند هذا القاضي لا الذي أسند رجوعه إليه، ولو رجعا عند القاضي ثم جحد تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان عليهما. ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين: أولهما أن الرجوع فسخ للشهادة، فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها، وعلى الملازمة منع ظاهر مع إبداء الفرق بأن اشتراط المجلس ليتصوّر الأداء عنده بالضرورة، بخلاف الرجوع لأن حاصله الإقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه، والإقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء. وأجاب في النهاية بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء

الأول باتصال القضاء به فلا ينتقض به، وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان، فقضاء القاضي وإن كان علة للتلف لكنه كالملجإ من جهتهم، فكان التسبيب منهم تعدّياً فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق. فإن قيل: كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلامَ الضمان؟ أجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ووعد بتقريره من بعد، واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم. قال: **(ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم الخ)** الرجوع عن الشهادة لا يصح إلا بحضرة حاكم سواء كان هو الأول أو لا لأنه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به، وهذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع، فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة، والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم. والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها، الرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لأن الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو يثبت في ضمنه فكان من

الخ) أقول: انظر في هذا الجواب قوله: **(ولأن الرجوع توبة)** أقول: عطف على قوله لأنه فسخ للشهادة قوله: **(ومعناه حكم عليه)** أقول: فعلى الأول معطوف على رجع وعلى الثاني على قوله أقام البينة قوله: **(لأن سبب الضمان الخ)** أقول: وفي غاية البيان لأن سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضي قوله: **(فإنها قبول البينة)** أقول: فيه بحث لأن المعنى حينئذ تقبل الشهادة لأن الدعوى: أعني دعوى الرجوع صحيحة لصحة الرجوع الذي هو سبب الضمان فليتأمل.

الضمان، والتناقض لا يمنع صحة الإقرار، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى **(ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم)** لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أيّ قاض كان، ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية، فالسرّ بالسرّ والإعلان بالإعلان. وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعاً باطلاً، حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لأن السبب صحيح. **(وإذا شهد شاهدان بمال**

كالبيع فإنه شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسخه، وهذا أيضاً مما يحتاج إلى إثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك في فسخ البيع إنما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد، والتراد يتوقف على قيامه، بخلاف حكم الرجوع فإنه الضمان، ويمكن إثباته مع ثبوته دون المجلس. ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه. وأجاب بمثل ما ذكرنا من أن ذلك لأمر يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كي لا يلزم الافتراق عن الكالىء بالكالىء وذلك غير لازم في فسخه فلذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتدائه، وهذا نحو ما ذكرنا من أن شرط المجلس ابتداء ليتصوّر الأداء بخلاف الفسخ. ثم تمهيد الجواب بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع. نعم الرفع يردّ على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها، ولو تسهلنا إلى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصوّر كون مجلس الحكم شرطاً لبقاء الشهادة،

توابعه. لا يقال: البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء، ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطاً بشرط الابتداء لكونه أسهل منه. لأنا نقول: مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فإنه شرط لصحته وصحة الفسخ **(ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسرّ بالسرّ والإعلان بالإعلان)** وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به **(وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما)** وأقام على ذلك بينة أو عجز عنها وأراد أن يحلف الشاهدين **(لم يقبل القاضي بينة عليهما ولا يحلفهما)** لأن البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة، ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة **(حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل)** بينته **(لأن السبب صحيح)** والضمير المستكنّ في ضمنه يجوز أن يكون للقاضي، ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئاً إلى الآن، ويجوز أن يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه، والألف واللام في قوله لأن السبب بدل من المضاف إليه وهو قبول البينة: أي لأن سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم، وقيل هو الضمان، ومعناه لأن سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم، وليس بصحيح لأن الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فإنها قبول البينة لا وجوب الضمان فتأمل **(وإذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه)** هذه المسألة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم، إلا أنه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما يأتي من رجوع بعض الشهود دون بعض. قال الشافعي: لا ضمان عليهما لأنهما تسببا في الإتلاف، ولا معتبر به عند وجود المباشر. وقلنا وجب عليهما الضمان لأنهما تسببا للإتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان إذ لم يمكن إضافته إلى المباشر، وهاهنا كذلك لأن المباشر هو القاضي، وإضافة الضمان إليه متعذرة لأنه كالملجإ إلى القضاء بشهادتهم لأنه بالتأخير يفسق وليس بملجإ حقيقة لأن الملجاء حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك، ولأن في إيجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء، وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لأجله، وتعذر استيفاؤه من المدعي أيضاً لأن الحكم ماض لما تقدم فاعتبر السبب. فإن قيل: ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك أصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع، فإنه إذا شهد شاهدان على أنه قتل عمداً فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم، وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص. وعند الشافعي يجب عليهما القصاص، جعل المسبب كالمباشر. قلنا: فعل المباشر الاختياري قطع النسبة أو صار شبهة كما سيجيء، والشافعي جعله مباشراً بما ورد عن عليّ رضي الله عنه في شاهدي السرقة إذا رجعا: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما. والجواب أنه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه أن اليدين لا يقطعان بيد واحدة، وجاز أن يهدد الإمام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه: ولو تقدمت في المتعة لرجمت، والمتعة

فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لأن التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعدياً. وقال الشافعي رحمه الله: لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة. قلنا: تعذر

ولو أرخينا العنان في الآخر فإنما يكون المشروط للبقاء المجلس الأول الذي كان شرطاً للأداء، والمجلس المشروط هنا مجلس آخر. وذكر بعضهم في وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلاً لها فاختص بموضع الشهادة، ومنع الملازمة فيه ظاهر فبينه بأن السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضادّ اتحاد المحل. ولا يخفى أن اتحاد المحل إنما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين في نفسه، كما أن المجلس شرط لكل من الشهادة ونقضها. والوجه الثاني أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمجلسه، ولا شك أن ذلك أيضاً غير لازم فيه فبينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضي الله تعالى عنه حين بعثه النبيّ ﷺ إلى أهل اليمن فقال أوصني، فقال: «عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت، إلى أن قال: وإذا عملت شراً فأحدث توبة السرّ بالسر والعلانية بالعلانية»[1] وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الإعلان في محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل في مثله مما فيه علانية وهو إذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبينة عليه كيف لا يكون معلناً قوله: **(وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه)** وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعي في الجديد لا ضمان عليهما مسببان ولا عبرة بالتسبب، وإن كان تعدياً مع وجود المباشرة. قلنا: المباشر القاضي والمدعي. ولا ضمان على القاضي اتفاقاً لأن كالملجأ إلى مباشرة القضاء الذي به الإتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة، وإذا ألجأه الشرع لا يضمنه، ولأنه يوجب عدم قبول القضاء من أحد. وأما المدعي فلأنه أخذ بحق ظاهر ماض لأن خبر الرجوع ليس أولى من الأول لينقض الحكم، وإذا لم ينقض لا يمكن جبره على إعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعاً. وإذا تعذر الإيجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبب كحافر البئر في الطريق. واعلم أن الشافعية اختلفوا في هذه المسألة. والصحيح عند الإمام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا، والقول الآخر لا ينقض. ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الأول إذا كان حالهما وقت الرجوع مثله عند الأداء. وقد نقض عليه أيضاً بإيجاب القصاص على الشهود إذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتص

لا توجب الرجم بالاتفاق، وإنما يضمنان: يعني أن الضمان إنما يجب على الشاهدين إذا قبض المدعي ما قضى له به ديناً كان أو عيناً، وهو اختيار شمس الأئمة، لأن الضمان بالإتلاف والإتلاف يتحقق بالقبض، وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين، ولأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين. وبيان ذلك أنهما إذا ألزما ديناً بشهادتهما، فلو ضمنا قبل الأداء إلى المدعي كان قد استوفى منهما عيناً بمقابلة دين أوجبا ولا مماثلة بينهما. وفرّق شيخ الإسلام بين العين والدين فقال: إن كان المشهود به عيناً فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وإن لم يقبضها المدعي، وإن كان ديناً فليس له ذلك حتى يقبضه، وذلك لأنه ضمان الإتلاف وضان الإتلاف مقيد بالمثل، وإذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملكه إذا اتصل القضاء بها، ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك، فبإزالة العين عن ملكهما بأخذ الضمان لا تنتفي المماثلة، وإذا كان ديناً فبإزالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا. والجواب أن الملك وإن ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال في يد ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئاً ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي.

قوله: **(فيتحمل الضرر الخاص)** أقول: لعله يريد به تضمين الشهود قوله: **(في الشهادة)** أقول: متعلق بقوله ترك قوله: **(كما سيجيء)** أقول: أي في هذا الكتاب أيضاً في الدرس الثالث قوله: **(والجواب أنه الخ)** أقول: هذا جواب عن دليل الشافعي قوله: **(قد استوفى)** أقول: المقضى عليه قوله: **(ولا مماثلة بينهما)** أقول: إذ العين خير من الدين.

---

(١) حسن. أخرجه الطبراني كما في المجمع ١٠/٧٤ من حديث معاذ بن جبل. وقال الهيثمي: إسناده حسن.

إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء، وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب، وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً، **لأن** الإتلاف به يتحقق، ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين.

قال: **(فإن رجع أحدهما ضمن النصف)** والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي

والقاضي. وأجيب عنه بأن ذلك لدليل خاص وهو قول عليّ رضي الله تعالى عنه لشاهدي السرقة بعد ما قطع ورجعوا وجاءوا بآخر وقالوا هذا الذي سرق: لو علمت أنكما تعديتما لقطعت أيديكما. أخرجه الشافعي وقال: بهذا القول نقول. فإن نوقض بأنه لا يرى تقليد الصحابي أمكن الجواب عنه بأني إنما قلت به لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال. قلنا: الأشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان في أحكام الدنيا لجوازه باعتبار أمر الآخرة، ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد؟. قال المصنف **(إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً)** لأن هذا ضمان إتلاف والإتلاف على المدعى عليه إنما يتحقق بأخذه منه، وهذا اختيار شمس الأئمة. وفرق شيخ الإسلام بين كون المشهود به عيناً فيضمنان قبل قبض المدعي إياها بعد القضاء له بها أو ديناً فلا يضمنان حتى يقبضه المدعي. وجه الفرق أن ضمانهما ضمان إتلاف، وضمان الإتلاف مقيد بالمماثلة، فإذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان وإن أزالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه، فلو أزلنا قيمته عن ملكهما بأخذ الضمان منهما لا تنتفي المماثلة، أما إذا كان المشهود به ديناً فالشاهدان أوجبا عليه ديناً بغير حق، فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لأن المستوفى منهما عين في مقابلة دين أوجباه، وشمس الأئمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين: إن الملك وإن ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل، لأن المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيئاً ما لم يخرج من يده. قال البزازي رحمه الله في فتاواه: والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أو لا، وكذا العقار يضمن بعد الرجوع إن اتصل القضاء بالشهادة.

[فروع] شهدا أنه أجله إلى سنة ثم رجعا ضمناه حالاً ثم رجعان على المطلوب بعد سنة، ولو توى[1] ما على

قال: **(وإذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ)** المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حقوقهم. وإذا رجع واحد زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى المثنى وعلى هذا إذا شهد اثنان فرجع أحدهما ضمن النصف لأنه بقي بشهادة من بقي نصف الحق. قيل لا نسلم ذلك، فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء فكذا بقاء. وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للإثبات ما يصلح في الابتداء لذلك، كما في النصاب فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره **(وإذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه)** لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق **(لأن استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة)** التامة، واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط

قوله: **(فبإزالة العين عن ملكهما الخ)** أقول: الضمير في قوله ملكهما في موضعين راجع إلى الشاهدين في قوله فالشاهدان بشهادتهما أزالاه الخ قوله: **(لأن وجوب الحق الخ)** أقول: لا يخفى عليك قصور هذا الدليل عن إثبات المدعي لاختصاصه بما بقي بعد رجوع من رجع نصاب الشهادة. والأولى أن يبين بوجه يعم الصور كلها ثم يفرع عليه المسائل قوله: **(وعلى هذا إذا شهد الخ)** أقول: ينبغي أن يكون تفريعاً على الأصل الذي ذكره المصنف لا على ما أقامه من الدليل لظهور عدم تفرعه عليه فليتأمل قوله: **(فكذا بقاء)** أقول: فينبغي أن يضمن الراجع كل الحق لا نصفه

---

(١) توى المال: هلك، وذهب اهـ مغرب.

من يبقى بشهادته نصف الحق **(وإن شهدا بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه)** لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق، وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة، والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع فإن رجع الآخر ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق **(وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع**

المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة. ولو شهدا أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعا ضمناً. ولو شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمناً قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لأنه كالعوض، وإن لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع. شهدا أنه باع عبده بخمسمائة إلى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشتري إلى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة، فإن ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن إذا حل الأجل لأنهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل قوله: **(والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع)** وهذا لأن الشهادة إنما تثبت المال والرجوع إنما يوجب الضمان لأنه إتلاف له، فإذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل بإثبات المال بقي المال ثابتاً فلم يتحقق بالرجوع إتلاف شيء، ومن المحال أن يضمن مع عدم إتلاف شيء. وأما ما أورد من أنه ينبغي إذا رجع واحدا من الاثنين أن لا يبقى شيء من المال لأن الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلاً فيقتضي أن يضمن الواحد الراجع كل المال وهو مصادم للإجماع على نفيه، وإنما كان الإجماع على نفيه لأن عدم ثبوت شيء بشهادة الواحد إنما هو في الابتداء، ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء، وحينئذ فبعد ما ثبت ابتداء شي بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما في حال البقاء حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفاً لها برجوعه. إذا عرف هذا فإذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لأنه أتلفه برجوعه **(وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه)** لأنه بقي الحق من غير إتلاف شيء منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة **(والمتلف متى استحق سقط الضمان)** كما إذا أتلف مال زيد فقضى بضمانه عليه فظهر أن مستحقه عمرو فإنه يأخذه ويسقط الضمان لزيد **(فأولى أن يمنع الضمان)** وما نحن فيه من هذا فإن بالرجوع أتلف على المشهود له حصته التي أثبتها له بشهادته له وصارت مستحقة للمشهود عليه، وببقاء من يبقى كل الحق به ظهر استحقاق الشهود له لتلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الضمان للمشهود عليه **(فإن رجع آخر)** من الثلاثة **(ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء الثالث يبقى نصف المال)** فلو قال الراجع الأول كيف أضمن برجوع الثاني ما لم يلزمني ضمانه برجوع نفسي وقت رجوعي لا يقبل هذا، كما لا يقبل قول أحدهما لو رجع الثلاثة لا يلزمني شيء لأن غيري يثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا عليّ. وحقيقة الوجه أن تلف النصف وإن كان مما يستقل به رجوع واحد إذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصصوا الضمان لأنه ليس أحدهما أولى به من الآخر **(وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت**

الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلأن يمنعه بطريق الأولى لأن الدفع أسهل من الرفع **(فإن رجع الآخر ضمن الراجعان نصف الحق)** قيل يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الأول أصلاً لأن المعتبر بقاء من بقي، وبعد رجوع الأول كان نصاب الشهادة باقياً فإذا رجع الثاني فهو الذي أتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه. وأجيب بأن الضمان على الأول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب، وذلك لأن الاستحقاق كان بشهادتهم جميعاً، ثم رجع الأول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره، فإذا رجع الثاني تبين أن الإتلاف من الابتداء كان بشهادتهما، أو لأن القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة، فعند رجوع الأول وجد الإتلاف، ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع إيجاب الضمان عليه، فإذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي **(وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي وإن**

قوله: **(إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له)** أقول: الضمير في قوله له راجع إلى زيد قوله: **(سقط الضمان الخ)** أقول: مع أن الإتلاف ليس بظاهر فيما نحن فيه لبقاء استحقاق المدعى عليه بحجة بل إنما هو بحسب زعيم الراجع فقط قوله: **(فلأن يمنعه الخ)** أقول: الضمير في قوله يمنعه راجع إلى الضمان في قوله واستحقاق المتلف يسقط الضمان الخ.

الحق) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي **(وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق)** لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق **(وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن)** لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق **(فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق)** لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع **(وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما على الرجل النصف وعلى**

إحداهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة أرباعه ببقاء من بقي، وإن رجعتا ضمنتا نصفه لأن بشهادة الرجل يبقى نصف الحق، وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع) منهن **(ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى ضمن)** التسع **(ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل)** الباقي **(والربع بشهادة الباقية) (وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة. وعندهما على الرجل النصف وعلى لنسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام الرجل. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل)**. قال ﷺ في نقصان عقلهن «عدلت شهادة كل اثنتين منهن شهادة رجل» روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه أنه ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فإني رأيتكن أكثر أهل النار، فقالت امرأة منهن: يا رسول الله مالنا أكثر أهل النار؟ قال: تكثرن اللعن وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لبّ منكن، قالت: يا رسول الله وما نقصان العقل والدين؟ فقال: أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل، وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين»[1] **(فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا، وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن**

رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن نصف الحق باق لشهادة الرجل **(وإذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء جميعاً فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا مع رجل واحد)** فيتعين للقيام بنصف الحج فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء، وإذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد)** بالنص **(قال ﷺ في نقصان عقلهن: «عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد» وإذا كانتا كرجل صار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا)** وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر، وإنما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين مهن بشهادة رجل. والجواب أنه أطلق ولم يقيد بأن ذلك في الابتداء أو مكرّر فكان الإطلاق ككلمة كل **(وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعاً لما قلنا)** أن المعتبر هو بقاء من بقي، فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق **(وإن شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة)** لأن المرأة الواحدة شطر العلة، ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافاً إلى شهادة رجلين دونها فلا تضمن

قوله: **(ثم إذا رجع الأول الخ)** أقول: الأظهر أن يقال: إذا رجع الأول لم يظهر الإتلاف فضلاً عن إتلافه لبقاء استحقاق المدعى به بالحجة التامة. فإذا رجع الثاني أيضاً تبين سببه الأول في الإتلاف أيضاً لعدم الأولوية فليتأمل. ثم ما ذكره هنا لا يخلو عن نوع مخالفة لما أسلفه آنفاً من أنه إذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى المثنى. والجواب أن ذلك فيما إذا استمر الاثنان على شهادتهما وهنا ليس كذلك قوله: **(ثابت بطريق التبيين)** أقول: التبيين إنما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول إليها، فإن وصل حكم بثبوته وإلا إلا فلا، كذا في هذا الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا قوله: **(واحتمل كذب غيره الخ)** أقول: احتمالاً أكثر من الاحتمال الثابت قبله، لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة قوله: **(كان بشهادتهما)** أقول لاستواء حالهم قوله: **(فعند رجوع الأول وجد الإتلاف)** أقول: أي علم وجوده بل علم قصده الإتلاف كما لا يخفى وفيه بحث. ويمكن أن يقال: لعل المراد وجد الإتلاف الزعمي، ثم المرء مؤاخذة بزعمه وإقراره، فكان ينبغي أن يضمن ولكن المانع وهو بقاء الخ، فكذا ينبغي أن يفهم الكلام والعلم عند الخبير العلام

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٤ و ١٤٦٢ و ١٩٥١ و ٢٦٥٨ ومسلم ٨٠ في الإيمان والنسائي ٣/ ١٨٧ وابن ماجه ١٢٨٨ وابن حبان ٥٧٤٤ كلهم من حديث أبي سعيد بأتم منه. ورواه مسلم مختصراً ٨٨٩.

النسوة النصف) لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل واحد. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد، قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن «عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد» فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا **(وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين)** لما قلنا **(ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة)** لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم.

نصف الحق على القولين) يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج. فعندهما لأن الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل، كما لو شهد ست رجال ثم رجع خمسة ثم ليست إحداهن أولى بضمان النصف من الآخرين **(ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد)** لأن المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحد شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شيء فكان القضاء ليس إلا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئاً. ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال أعني المرأتين، ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء. وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن النصف أثلاثاً على الرجل والمرأة لأن القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشيوع. ثم يقام كل امرأتين مقام رجل، فثلاث نسوة مقام رجل ونصف، فإن رجعوا جميعاً فعندهما أنصافاً. وعنده أخماساً على النسوة ثلاثة أخماس وعلى الرجل خمسان قوله: **(وإن شهدا إلى آخره)** إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً بقدر مهر مثلها أو ادعاه بأقل بأن ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيئاً في الصورتين كما ذكره المصنف. وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلهما عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. قال في باب أبي يوسف: لو أثبتوا نكاحها فأوكسوا إن رجعوا لم يضمنوا ما بخسوا. ثم بينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنياً على مسألة اختلاف الزوجين في قدر المهر. فإن عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها إلى مهر مثلها فكان يقضى لها بألف لولا هذه الشهادة فقد أتلفا عليها تسعمائة. وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيئاً وتبعه صاحب المجمع. وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف في المذهب وعليه صاحب النهاية. وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافاً ولا رواية، وهو المذكور في الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرهم، وإنما نقلوا فيها خلاف الشافعي، فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الأئمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية ويشتغلوا بنقل خلاف الشافعي. وذكروا وجهه بأن البضع متقوّم لثبوت تقومه حال الدخول، فكذا في غيره لأنه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه. وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس إلا لإظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع، كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوماً

عند الرجوع شيئاً. قال: **(وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ)** وإن شهد على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما، سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو بأقل من ذلك، لأن المتلف هاهنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالإتلاف لأن التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف، ولا مماثلة بين العين والمنفعة قوله: **(وإنما تتقوّم)** جواب عما

قوله: **(وإذا رجع الثاني ارتفع المانع)** أقول: كنزع الخف في المسح ومضي المدة في المستحاضة قوله: **(إلا مع رجل فيتعين الخ)** أقول: يعني ويتعين رجل للقيام قوله: **(قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن)** أقول: لفظ «في» في قوله عليه الصلاة والسلام «في نقصان» للسببية قوله: **(أن لو قال عدلت شهادة الخ)** أقول: فلما لم يقل ذلك احتمل أن يكون العدد لبيان أدنى مرتبة ما يكون فيه النساء كالرجال، فإذا زدن عليه كان حكمهن حكم العدد المذكور كما في عدد أيام أدنى مدة السفر والحيض قوله: **(فالرجل يبقى ببقائه)** أقول: الضمير في قوله ببقائه راجع إلى الرجل.

قال: (**وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما، وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها**) لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف، وإنما

في نفسه كالأعيان المالية لأنه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوّم فلا تضمن لأن التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الأعيان التي تحرز وتتمول والأعراض التي تتصرم ولا تبقى. وفرّع في النهاية على الأصل المذكور خلافية أخرى، هي ما إذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا، وكذا إذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئاً، وكذا إذا ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها. وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل. وأورد على قولنا نقضاً أنهم أوجبوا الضمان بإتلاف منافع البضع حقيقة فيما إذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذا يجب في الإتلاف الحكمي. وأجاب نقلاً عن الذخيرة بأنه في الإتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس، والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه وارداً في الحكمي، ونظيره ما في شرح الطحاوي: لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهراً بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لأنهما أتلفا المنفعة ومتلف المنفعة لا ضمان عليه قوله: (**وكذا لا ضمان عليهما إذا شهدا على رجل يتزوّج امرأة بمهر مثلها**) بأن ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح عى كل حال بعد ما قضى به، ولا يضمنان ما أتلفا عليه من مهر المثل لأنهما عوضا ملك البضع وهو متقوّم حين ورود العقد عليه، والإتلاف بعوض كلا إتلاف، وإنما كان كذلك لأن مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا، ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج، والإتلاف بلا عوض هو الذي يحكم به على الشاهدين (**وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة**) على مهر المثل (**لأنهما أتلفاها بلا عوض**) وهي من الأعيان التي تقع المماثلة بالتضمين فيها قوله: (**وإن شهدا ببيع شيء بمثل أو أكثر**) بأن ادعى مدع فشهدا له به (**ثم رجعا لم يضمنا لأنه ليس بإتلاف معنى نظراً إلى العوض، وإن**) شهدا به (**بأقل من القيمة**) ثم رجعا (**ضمنا نقصان القيمة لأنهما أتلفا هذا القدر**) عليه (**بلا عوض**) هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن، فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا، فإما ينظماهما في شهادة واحدة بأن شهدا أنه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو في شهادتين بأن شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشتري أوفاه الثمن، ففي الأول يقضى عليهما بقيمة البيع لا بالثمن، وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبائع. وجه الفرق أن في الأول المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء

يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لأن الخارج هو عين الداخل في الملك، فمن ضرورة التقوّم في إحدى الحالتين تقوّمها في الأخرى لكنها متقوّمة عند الدخول بالاتفاق. ووجه ذلك أنها إنما تضمن وتتقوّم بالتملك إبانة الخطر المحل لأنه محل خطير لحصول النسل به، وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الإزالة، ألا ترى أنه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الإزالة كالشهود والولي، وموضعه أصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده. وكذلك إن شهدا على زوج بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما ذكرنا أن البضع متقوّم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف، كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان قوله: (**وهذا لأن مبنى الضمان**) معناه أن الإتلاف بغير عوض مضمون بالنص والإتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلتحق به بطريق الدلالة (**وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض**) وهو يوجب الضمان. قال: (**وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة الخ**) شهدا بأنه باع عبده بألف درهم ثم رجعا، فإن كان الألف قيمته أو أكثر لم يضمنا شيئاً لما مر أن

قوله: (**لأن التضمين يقتضي المماثلة بالنص**) أقول: قال الله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ قوله: (**ووجه ذلك الخ**) أقول: ناظر إلى ما تقدم بسطرين وهو قوله جواب عما يقال الخ قوله: (**إبانة لخطر المحل**) أقول: حتى يكون مصوناً عن الابتذال ولا يملك مجاناً، فإن ما يملك المرء مجاناً لا يعظم خطره عنده. ثم لا يخفى عليك أن ذلك ليس بموجود في الإتلاف، فلأجل هذا كان متقوماً على المالك دون المتلف قوله: (**لأنه محل خطير**) أقول: يعني من النفوس.

تضمن وتتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل **(وكذا إذا شهدا على رجل يتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها)** لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف، وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض **(وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة)** لأنهما أتلفاها من غير عوض.

بالإيفاء، ولهذا قلنا: لو شهد اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده أو أقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لأنه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة، فكذا هذا، وإذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة، بخلاف ما إذا كان بشهادتين فإن الثمن يصير مقضياً به لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك، وإذا صار الثمن مقضياً به ضمناه برجوعهما. ثم قال المصنف **(ولا فرق بين كون البيع باتاً أو فيه خيار البائع لأن السبب)** يعني البيع **(هو السابق)** حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد أزالاه بشهادتهما فيضاف الحكم إليه عند سقوط الخيار إليه **(فانضاف التلف إلى الشهود)** وهذا جواب عن سؤال ذكره في المبسوط حاصله: ينبغي أن لا ضمان عليهما إنما أثبتا البيع بشرط الخيار للبائع، وبه لا يزول ملكه عن المبيع وإنما يزول إذا لم يفسخ حتى مضت المدة، وإذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختاراً في إزالة ملكه عنه إلى غيره فلا يجب الضمان. والجواب أن سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف إليهم. غاية الأمر أنه سكت إلى أن مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه لجواز كونه لتحرزه عن أن يضاف إليه الكذب لأنه قد أنكر العقد، فإذا فسخ كان معترفاً بصدوره فيظهر للناس تناقضه وكذبه، والعاقل يحترز عن مثله، وكذا لو شهدا بالعقد على أن فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمناه، ولو أن المشهود عليه بالشراء أجازه في المدة سقط الضمان عنهما لأنه أتلف ماله باختياره، كما لو أجازه البائع في شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضاً قوله: **(وإن شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمناً نصف المهر)** هذا إذا كان في العقد مهر مسمى، فإن لم يكن ضمناً المتعة لأنها الواجبة فيه، وذلك **(لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط)** وعلى المؤكد ما على الموجب. أما كونه على شرف السقوط فإن المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله تعالى أو طاوعت ابن زوجها يسقط المهر أصلاً. وأما أن على المؤكد ما على الموجب فبمسألتين: هما ما إذا أخذ محرم صيد الحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع به على القاتل لأنه أكد ما كان بحيث يسقط بأن يتوب فيطلقه، وما إذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ورجع به على المكره، وكذلك بارتدادها ونحوه **(ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فتوجب**

الإتلاف بعوض كلا إتلاف، وإن كان قيمته ألفين ضمنا للبائع ألفاً لأنهما أتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض. ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع بأن شهدا بأقل من القيمة كالصورة المذكورة وبأن البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فإنهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لإتلافهما الزائد بغير عوض، لأن البيع بالخيار وإن كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكناً من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضياً به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه مضاف إلى السبب السابق وهو البيع المشهود به، ولهذا استحق المشتري بزوائده، والبائع لما كان منكراً لأصل البيع لم يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار، إذ العاقل يتحرز عن الانتساب إلى الكذب حسب طاقته، فلو أوجبا البيع في المدة لم يضمنا شيئاً لأنه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الإتلاف **(وإن**

قوله: **(معناه أن الإتلاف بغير عوض الخ)** أقول: أنت خبير بأن ما أفاده الشرح بينه وبين المشروح ما بين الضب والنون من المناسبة، فإن معنى كلامه أنا لو ضمنا الشاهدين في الصورة المذكورة كان إتلافاً لما لهما بغير عوض وهما أتلفا مال الزوج بعوض هو البضع فتفوت المماثلة التي هي مبنى الضمان فليتأمل، فإنه لو كان المراد ما ذكره لقال المصنف لأن مبنى الإلحاق المماثلة قوله: **(ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها)** أقول: الضمير في قوله أتلفاها راجع إلى الزيادة.

قال: **(وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا)** لأنه ليس بإتلاف معنى. نظراً إلى العوض **(وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان)** لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض. ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع، لأن السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فيضاف التلف إليهم. **(وإن شهدا**

سقوط كل المهر كما مر في النكاح) أي من باب المهر أن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه إليها كما كان سالماً فلا يجب بمقابلته شيء **(ثم يجب نصف المهر ابتداء)** فقد أوجبا بشهادتهما عليه مالاً فيجب ضمانه عليهما، وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لأنه ليس حقيقة الفسخ وإلا لم ينقص من عدد الطلاق شيء، وإنما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه إليها سالماً، ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القدوري والبداية. وحكمه أن لا يجب ضمان لأن البضع لا تقوم له حال الخروج، وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضع فلم يتلفا عليه مالاً بلا عوض. وفي التحفة: لم يضمنا إلا ما زاد على مهر المثل لأن بقدر مهر المثل إتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها. ثم المعروف أن الشاهدين لا يضمنان سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف. وخرج بعضهم أن ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر إلى تمامه لأنهما برجوعهما زعما أن الزوج لم يطلقها وإنما وقع بالقضاء به. فعند أبي حنيفة رحمه الله وقوعه بالقضاء كإيقاع الزوج وبإيقاع الزوج ليس لها إلا النصف. وعند محمد رحمه الله القضاء به ليس إيقاعاً منه فيبقى حقها ثابتاً في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد أتلفاه انتهى. والوجه عدمه لأن القضاء بالوقوع إنما هو عنه تكذيباً له في إنكاره الطلاق. على أن نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة فلا يعوّل عليه قوله: **(وإن شهدا أنه أعتق عبده)** فقضى بالعتق **(ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا عليه)** مالاً متقوماً **(بلا عوض)** فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لأنه ضمان إتلاف وهو لا يتقيد باليسار **(والولاء للمولى لأن العتق من جهته)** وهو وإن كان منكراً للعتق مكذباً شرعاً، وإنما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لأن العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضاً نافياً للضمان لأنه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به. ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضى به كان

شهدا على رجل بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج، وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به، ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صيداً فذبحه شخص في يده فإنه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية، ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع إلى المرأة كما كان، والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لأنه يجعل العقد كأن لم يكن، فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع، وإنما قال في معنى الفسخ لأن النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ، لكن لما عاد كل المبدل إلى ملكها من غير تصرف فيه أشبه الفسخ **(وإن شهدا**

قوله: **(أو فيه خيار البائع بأن شهد الخ)** أقول: قوله بأن شهدا ناظر إلى قوله أو فيه خيار البائع فتأمل قال المصنف: **(وإن كان بأقل من القيمة ضمنا الخ)** أقول: قال ابن الهمام: هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن، فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا؛ فإما أن ينظماهما في شهادة واحدة بأن يشهدا أنه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن، أو في شهادتين بأن شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشتري أوفاه الثمن، ففي الأول يقضي عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن، وفي الثاني يقضي عليهما بالثمن للبائع. ووجه الفرق أن في الأول المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء، ولهذا قلنا: لو شهد اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة فلا يقضي بالبيع لأنه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة فكذا هذا، وإذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة، بخلاف ما إذا كان بشهادتين فإن الثمن يصير مقضياً به لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك، وإذا صار الثمن مقضياً به ضمناه برجوعهما انتهى فيه نظر قوله: **(إذ العاقل يتحرز عن الانتساب إلى الكذب)** أقول: فيه أن حكم القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً في أمثاله عند أبي حنيفة، فلو فسخ البيع في المدة لم ينسب إلى الكذب أصلاً عنده بل عند الإمامين أيضاً، إذ يجعل الفسخ مبنياً على حكم القاضي بالبيع والخيار فليتأمل قوله: **(فلو أوجب البيع في المدة)** أقول: أي في مدة الخيار.

على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لأنهما أكدا ضماناً على شرف السقوط، ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجباً بشهادتهما.

عليهما ضمان ما بين قيمته مدبّر وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير. وإن مات المولى بعد رجوعهما فتعق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبداً لورثته، لو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته. والفرق أنهما بالكتابة حالاً بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فإنه لا يحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماليته، ثم إذا ضمنا تبعاً المكاتب على نجومه لأنهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته، ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي إليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى، وولاؤه للذي شهدا عليه بالكتابة، وإن عجز فرّد في الرق كان لمولاه لأن رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى مالك ويرد المولى ما أخذ منهما لزوال حيلولتهما برده في الرق، فهو كغاصب المدبّر إذا ضمن قيمته بعد إباقه ثم رجع يكون مردوداً على المولى على الغاصب ما أخذه منه. ولو كانا شهدا على إقراره بأن هذه الأمة ولدت منه فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بأن تقوم أمة وأم ولد لو جاز بيعها مع الأمومة فيضمنان ما بين ذلك، فإن مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة وإن هما نصا في شهادتهما على إقراره في ابن في يده أنه منه بأن شهدا أنه أقرّ أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد، فإن قبضهما ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما كان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لأنه يقول الميت أخذه بغير حق وأنه دين في تركته لهما. والذي عندي أنه ينبغي أن يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لأنهما أتلفا، عليهم بشهادتهما قوله: **(وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما)** وهو مذهب مالك خلافاً لأشهب والدية على عاقلة الشهود. ومذهب أحمد إن قالا أخطأنا ضمنا الدية في مالهما، وإن قالا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله: **(يقتص لوجود القتل)** منهما **(تسبيباً فأشبه)** الشاهد قوله: **(المكره)** فإنه تسبب بشهادته في قتل الولي، كما أن المكره تسبب بإكراهه في قتل المكره فيقتل كما

أنه أعتق عبده) فقضى بذلك (ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير بدل) وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بالضمان، فكذلك الولاء لأنه تابع له. قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لأنه ينكر العتق. وأجيب بأنه مكذب في ذلك شرعاً بقضاء القاضي بالحجة. وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان. وأجيب بأنه لا يصلح عوضاً لأنه ليس بمال متقوم، ثم لا يختلف الضمان باليسار والإعسار لكونه ضمان إتلاف وإنه لا يختلف بذلك. قال: **(وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا الخ)** إذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما **(ولا يقتص منهما. وقال الشافعي: يقتص منهما لوجود القتل تسبيباً فأشبه المكره)** أي فأشبه المسبب هاهنا وهو الشاهد المكره إن كان اسم فاعل، أو فأشبه القاضي المكره لأنه كالملجأ بشهادتهما، حتى لو لم ير الوجوب كفر إن كان اسم مفعول. وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجأ إلى القتل. وقوله **(بل أولى)** أي التسبب هاهنا أولى من

قوله: **(لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط)** أقول: يعني أكدا المهر الذي كان على شرف السقوط. قال الزيلعي: وينقض هذا بمسألتين ذكرهما في التحرير: إحداهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجلة فشهد الشهود أنها حالة فأخذت الألف منه فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون، وهذا الدين كان على شرف السقوط لأنه لو كان مؤجلاً على حاله يسقط بارتدادها. والثانية لو أن رجلاً قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وإن وجدا التأكيد منه، إذ لولا قتله كان احتمال السقوط ثابتاً، ولكن نقول: القتل منه للنكاح والشيء بانتهائه يتقرر، والدين المؤجل ثابت في الحال، وإنما تأخرت المطالبة، ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولو لم يؤكدا بشهادتهما شيئاً إذ تحصيل الحاصل محال. أو يقال: لا نسلم بأن دينها يسقط بل يكون لورثتها وتقضي بها ديونها فلا يسقط فبطل الانتقاض من الأصل انتهى قوله، ولكن نقول القتل منه للنكاح الخ محل بحث.

قال: **(وإن شهد أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته)** لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحوّل إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء **(وإن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا**

يقتل المكره **(بل هو أولى منه لأن ولي القصاص)** بعد الشهادة **(يعان)** على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد **(والمكره)** لا يعان على القتل بإكراهه بل **(يمنع)** وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه **(ولنا أن القتل)** من الشاهد **(لم يوجد)** تسبيباً **(لأن التسبيب ما يفضي إليه)** أي إلى ما تسبب فيه **(غالباً)** والشهادة لا تفضي إلى قتل الولي على وجه الغلبة، وإن أفضت إلى القضاء، بل كثيراً ما يقع ثم تقف الناس في الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها فلم تفض غالباً إليه بل قد وقد، فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفي، ومنهم من يغلب عليه العفو بمال يرى أنه جمع بين ما هو الأحب للشارع وحصول ما ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى، ولا شك أن هذا بالنظر إلى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة إلى القتل فكيف إذا علم كثرة وقوعه، وإذا انتفى التسبيب من الشاهد حقيقة انتفى قتله **(بخلاف المكره)** يعني فحالف الولي المكره **(لأن)** الغالب أن **(الإنسان يؤثر حياته)** على حياة غيره فكان المكره بإكراهه مسبباً حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الإيثار الطبيعي، ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو إثبات ما يفضي غالباً إلى الفعل. ووجه آخر وهو **(أن الفعل الاختياري)** ذي الاختيار الصحيح: أعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة **(مما يقطع نسبة الفعل)** إلى الشاهد كما عرف فيمن فك إنسان قيده فأبق باختياره وأمثاله، كمن دفع إنساناً في بئر حفرها غيره تعدياً فإنه بدفعه الاختياري انقطعت نسبة التلف إلى الحافر فلا وجود للمسبب مع المباشر مختاراً، بخلاف المكره فإنه وإن اعترض فعله الاختياري عن الإكراه لكن اختياره اختيار فاسد للإكراه عليه فكان كلا اختيار، ولذا لا يصح مع اختياره هذ البيع ولا إجازته ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره قتل بها ذلك القتيل، على أنه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة إلى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة في إيجاب القصاص عليه والقصاص يندرىء بالشبهات **(بخلاف المال فإنه يثبت مع الشبهة)** وقوله فأشبه المكره بكسر الراء، وقوله والمكره يمنع بفتحها، والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبي الليث. وفي شرح الجامع الكبير للعتابي: إذا شهدوا على رجل أنه قتل فلاناً خطأ أو عمداً فقضى بذلك

الإكراه لأن التسبيب موجب من حيث الإفضاء والإفضاء هاهنا أكثر لأن المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه، والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا أكثر إفضاء، ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد أولى **(ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد)** وهو ظاهر، وهو مستغنى عنه هاهنا لأنه لم يختلف فيه أحد، وليس له تعلق بما نحن فيه إلا أن يكون إيماء إلى أن المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم وهو تكلف بعيد، وكذا تسبيباً لأن التسبب إلى الشيء هو ما يفضي إليه غالباً، وما نحن فيه ليس كذلك لأن العفو مندوب إليه، قال الله تعالى: ﴿وأن تعفو أقرب للتقوى﴾ بخلاف المكره فإن الإكراه يفضي إلى القتل غالباً، لأن المكره يؤثر حياته ظاهراً. ولقائل أن يقول: ظهر إيثار حياته إما أن يكون شرعاً أو طبعاً، والأول ممنوع لأن المسلم مندوب إلى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص، والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فإنه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهراً ولهذا تنزل فقال: **(ولأن الفعل الاختياري)** يعني سلمنا أن ثمة تسبيباً، ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل إلى غيره، والفعل هاهنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فقطع نسبته إلى الشهود. سلمنا أنه لا يقطع نسبته إلى الشهود لكن لا أقل أن يورث شبهة يندرىء بها القصاص. فإن قيل: لو أورث شبهة لا تدفع الدية أيضاً لأنه بدل القصاص. أجاب بقوله **(بخلاف المال لأنه يثبت بالشبهات)** فلا يلزم من سقوط ما سقط بالشبهات سقوط ما ثبت بها، وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الإكراه فإنه لم يتحلل هناك من المباشرة فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لأن

قال المصنف: **(لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض)** أقول: والولاء لا يصلح عوضاً لأنه ليس بمال متقوم بل هو كالنسب بالحديث المشهور.

الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعي رحمه الله: يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيباً فأشبه المكره بل أولى، لأن الوليّ يعان والمكره يمنع. ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد، وكذا تسبيباً لأن التسبيب ما يفضي إليه غالباً، وهاهنا لا يفضي لأن العفو مندوب، بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهراً، ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة، ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص، بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف.

قال: **(وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا)** لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم **(ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم)** لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد، بخلاف ما قبل القضاء **(وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم)** لأن القضاء وقع

وأخذ الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حياً، فالعاقلة في الخطأ إن شاءوا رجعوا على الآخذ لأنه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد، وإن شاءوا ضمنوا الشهود لأنهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الوليّ لأنهم ملكوا المضمون وهو الدية بأداء الضمان فتبين أن الولي أخذ مالهم. وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود، لأن القضاء أورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضمنوا الولي الدية ولا يرجع هو على أحد، وبين أن يضمنوا الشاهدين، وهما لا يرجعان عند أبي حنيفة رحمه الله لأنهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لأنه لا يقبل التمليك لأنه ليس مالاً، وعندهما يرجعون بما ضمنوا لأن أداء الضمان

اختياره فاسد واختيار المكره صحيح، والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه أصول الفقه، وإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية، فإن رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حياً فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكماً، والإتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي، فإن ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لأنه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره، وإن ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول أبي حنيفة خلافاً لهما. قالا: كانا عاملين للولي فيرجعان عليه، وقال: ضمنا لإتلاف المشهود عليه حكماً، والمتلف لا يرجع بما يضمن بتسببه على غيره وتمام ذلك بما فيه، وعليه يعرف في المختلف

قال المصنف: **(وإذا شهدا إلى قوله ضمنا الدية)** أقول: قال ابن الهمام: والدية على عاقلة الشهود انتهى. وفيه بحث لأن العاقلة لا تعقل اعترافاً قوله: **(وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجأ إلى القتل الخ)** أقول: نعم إلا أنه كالملجأ من حيث ظهور إيثاره القصاص بالطبع تشفياً على ما سيعرف به، ومن تأمل كلام المصنف: أعني قوله لأن الولي يعان لا يتردد في أظهرية إرادة الولي من المكره على تقدير كونه اسم مفعول. ثم اعلم أن صاحب القيل السغناقي والكاكي قال المصنف: **(ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيباً)** أقول: أي تسبيباً يوجب القصاص، إذ الكلام فيه لا مطلق التسبيب فإنه مما لا مجال لإنكاره. قال الإمام السغناقي: ذكر في الأسرار: ومن مشايخنا من قال في تعليل المسألة بأن الشهود مسببون، إلا أنه ضعيف لأن المذهب عنده أن المسبب والمباشر واحد؛ ألا يرى أنه يلزمه الكفارة، إلا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لأن الحفر لا يعد للقتل وضعاً كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين، فأما الشهادة فطريق مسلوك لأخذ ما ثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل. وفي الكافي في قوله في الهداية: ولنا أن القتل إلى قوله يؤثر حياته ظاهراً مشكل لأن الأمر على القلب، فالظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مباحاً له وبه يدرك ثأره والظاهر أن المكره لا يقدم لأنه لا يباح له قتله، ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الغوث انتهى قال المصنف: **(لأن السبب)** أقول: الألف واللام بدل من المضاف إليه، والضمير في إليه راجع إليه غالباً وهو السبب الملجىء أو ما يجري مجراه قال المصنف: **(ما يفضي إليه غالباً)** أقول: منقوض بحافر البئر. والجواب أن المراد سبب القتل الذي يوجب القصاص ما يفضي إلى القتل غالباً فليتأمل، وإن شئت التفصيل فراجع إلى الكشف شرح البزدوي في مباحث السبب قوله: **(ولقائل أن يقول، إلى قوله: بالقصاص ظاهراً)** أقول: بين الظهورين فرق ظاهر، فإن إيثار الحياة مطبوع عليه الحيوان؛ ألا يرى أن المكره بالقتل يكون كمسلوب الاختيار، بخلاف إيثار التشفي فإنه ليس بتلك المثابة إذ يمنع عنه كثيراً إيثار العفو ابتغاء الثواب مع أنه مطبوع على حب الثناء في العاجل وإظهار السماحة والكرم أيضاً وذلك يدعو إلى العفو فليتأمل قوله: **(ولهذا تنزل فقال ولأن الفعل الخ)** أقول: أي ولكون هذا السؤال متوجهاً نزل المصنف قوله: **(يعني سلمنا أن ثمة الخ)** أقول: إذا كان كلام المصنف منعاً يكون اعتراض الشارح خارجاً عن الآداب.

بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم. وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا **(ولو رجع الأصول والفروع جميعاً يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير)** لأن القضاء وقع

انعقد سبباً لملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مدبراً وغصبه آخر ومات في يده وضمن المالك الأول يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا قوله: **(وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا)** وهذا بالاتفاق **(لأن الشهادة)** التي **(في مجلس القضاء)** وهي تلك بها القضاء **(صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم. ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد الفرع على شهادتنا لم يضمنوا)** ولم يذكر المصنف خلافاً.

وفي شرح القدوري لأبي نصر البغدادي قال: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يضمنون وهو رواية عن أبي حنيفة انتهى. وذكر أبو المعين في شرح الجامع الكبير فيما إذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود بقتله حياً لا يضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز أن الأصلين أشهداهما غير أن الوليّ يرد على العاقلة ما أخذ منها، ولو حضر الأصلان وقالا لم نشهدهما لم يلتفت إلى إنكارهما ولا ضمان على الأصلين. أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلأنهما لو رجعا بأن قالا أشهدناهما بباطل لا ضمان عليهما لأن شهادتهما وإشهادهما للفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سبباً للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء، فإذا لم يضمنا بالرجوع فكذا إذا ظهر المشهود بقتله حياً. فأما عند محمد فيضمنان بالرجوع. ثم قال هنا: لا يضمنان: يعني قال محمد في إنكار الأصول الإشهاد لا يضمن الأصلان، ثم ذكر تردداً في أنه قاله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف خاصة أو قاله اتفاقاً. وأما صاحب النهاية فصرح بأن عدم الضمان بالإجماع. قال المصنف في وجهه **(لأنهم أنكروا)** أي شهود الأصل **(السبب وهو الإشهاد، وذلك لا يبطل القضاء لأنه خبر يحتمل)** الصدق والكذب **(فصار كرجوع الشاهد)** يعني بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا **(بخلاف ما)** إذا أنكروا الإشهاد **(قبل القضاء)** لا يقضي بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله، هذا إذا قالوا لم نشهدهم **(فإن قالوا أشهدناهم وغلطنا)** أو أشهدناهم ورجعنا **(ضمن الأصول)** هكذا أطلق القدوري وحكم المصنف بأن الضمان قول محمد. أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا ضمان على الأصول. لمحمد أن الفرعين نقلا شهادتهما إلى المجلس ووقع القضاء بها كأنهما حضرا بأنفسهما وأدّيا فإذا رجعا ضمنا. وغاية الأمر أن تكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكماً باعتبار أنها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع، ولا حاجة إلى اعتبار الفرعين نائبين عن الأصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع، فإنه لو كان كذلك لعمل منع الأصلين إياهما عن الأداء بعد التحميل ولا يعمل، فلهما بل عليهما أن يؤديا

تصنيف الفقيه أبي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم. قال: **(وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق)** لأن الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم. ولو رجع الأصول، فإما أن يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا، أو يقولوا أشهدناهم غالطين أو رجعنا عن ذلك، فإن كان الأول فلا ضمان على الأصول بالإجماع لأنهم أنكروا سبب الإتلاف وهو الإشهاد على شهادتهما، ولا يبطل القضاء لأن إنكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الأصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا، وإن كان الثاني فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: ضمنوا **(لهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة)** وقد عاين شهادتهم، والموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى تكون سبباً للإتلاف **(وله أن الفرعين قاما مقام الأصلين في نقل شهادتهما إلى مجلس القاضي)** والقضاء يحصل بشهادة الأصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كأنهما حضرا بأنفسهما ثم رجعا، وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا هاهنا **(ولو رجع الأصول والفروع جميعاً)** فعندهما **(يجب الضمان)** على الفروع لا غير لما مر أن القضاء وقع بشهادتهم **(وعند محمد المشهود عليه مخير)** بين تضمين الأصول والفروع عملاً بالدليلين، وذلك **(لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر)** أبو حنيفة وأبو يوسف **(وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكره محمد)** والعمل بهما أولى من

بشهادتهم: وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار، إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما، والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين **(وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك)** لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع.

لو منعاهما بعد التحميل. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن القضاء إنما وقع بشهادة الفروع لأنهم يشهدون بشهادة الأصول، فهو كما لو شهدوا بحق آخر إنما يقضى به بشهادتهم، وهذا لأن القاضي إنما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما. وإذا ثبت أن القضاء ليس إلا بشهادتهما لم يضمن غيرهما، وقد أخر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المرجح عنده ما أخره قوله: **(ولو رجع الأصول والفروع جميعاً يجب الضمان عندهما على الفروع)** بناء على ما عرف لهما من **(أن القضاء إنما وقع بشهادة الفروع)** والضمان إنما يكون برجوع من قضى بشهادته **(وعند محمد المشهود عليه بالخيار، إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا)** وهو قولهما إن القضاء بما عاين القاضي من الحجة، وإنما عاين شهادة الفروع **(ومن الوجه الذي ذكر)** أي محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلوا شهادة الأصول، فالقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الأصول. وقوله: **(والجهتان متغايرتان)** جواب عما يقال لم لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلا من الفريقين نصف المتلف؟ فقال هما متغايرتان لأن شهود الأصل يشهدون على أصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم. وقيل لأن إحداهما إشهاد والأخرى أداء للشهادة في مجلس القضاء، ولا مجانسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بأمر واحد، فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمين بل أثبت له الخيار في تضمين أيّ الفريقين شاء، ولا يرجع واحد من الفريقين إذا ضمن بما أدّى على الفريق الآخر، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب، فإنه إذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لأن كلاً من الفريقين مؤاخذ بفعله، فإذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن المتلف نقل شهادة الأصول، إذ لولا إشهاد الأصول ما تمكن الفروع من النقل، ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الأصول والفروع في حق المشهود عليه سبب الضمان. أما الفروع فبالنقل. وأما الأصول فبتحميلهم الفروع على النقل، إذ بتحميلهم لزمهم ذلك شرعاً حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه قوله: **(وإن رجع المزكون عن التزكية)** بعد القضاء بالمال **(ضمنوا)** المال أطلقه القدوري. وذكر المصنف

إهمال أحدهما. فإن قيل: فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف. أجاب بقوله: **(والجهتان متغايرتان)** لأن شهادة الأصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول، ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق إلا أن يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره، وتأخير دليل محمد في المسألتين يدل على اختيار المصنف. قول محمد **(وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى قولهم)** ولا يبطل به القضاء لأنه خبر محتمل ولا ضمان عليهم، لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئاً. قال: **(وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا الخ)** إذا شهدوا بالزنا فزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيداً أو كفاراً، فإن ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لأنهم اعتمدوا عى ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما أخبروا من قول الناس إنهم أحرار مسلمون ولا على الشهود لأنه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم، إذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال، وإن رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، لأن المزكين ما أثبتوا سب الإتلاف لأنه الزنا وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيراً ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الإحصان. وله أن التزكية إعمال للشهادة، إذ القاضي لا يعمل بالشهادة إلا بالتزكية، وكل ما هو كذلك فهو

قوله: **(والجهتان متغايرتان)** أقول: المراد بالجهتين هو ما ذكره المصنف من وجهي محمد والإمامين.

قال: **(وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيراً فصاروا كشهود الإحصان. وله أن التزكية إعمال للشهادة، إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة، بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض **(وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود**

وغيره أن ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يضمنون لأن القضاء الذي به الإتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف إليهم فلا يضمنون **(وصاروا كشهود الإحصان)** إذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التزكية علة إعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافاً إلى التزكية لأن الحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة بخلاف الإحصان لأنه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا، والإحصان ليس مثبتاً للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا، فليس علة لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض: أي عند وجوده فيكون الحد كذا، وتمام المؤثر في الحد رجماً كان أو جلداً ليس إلا الزنا، إلا أنه قد يقال من طرفهما إن الحكم لا يضاف إلى علة العلة إلا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف إلا إليها. وهذا فرع ذكره في المبسوط: شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفار، فإن ثبت المزكون على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود، أما الشهود فلأنه لم يتبين كذبهم في الشهادة، بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفار. وأما المزكون فلأنهم اعتمدوا قول الناس في ذلك، وليس إخبارهم القاضي بذلك شهادة، وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف وهو الزنا، إنما أثنوا على الشهود خيرا. وأبو حنيفة يقول: جعلوا ما ليس بموجب: أعني الشهادة موجباً بالتزكية إلى آخره: يعني ما ذكرنا قوله: **(وإذا شهد شاهدان باليمين)** أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضى بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان **(فالضمان)** لنصف المهر وقيمة العبد **(على شهود اليمين خاصة)** واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فإنه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية. قال: لأن التلف حصل بشهادتهم. قلنا: القضاء بالعتق والطلاق إنما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حرّ فإنه العلة في الوقوع وهو الذي سماه المصنف السبب، وذلك إنما أثبته شهود اليمين، بخلاف شهود الدخول لأن الدخول لم يوضع شرعاً علة

بمنزلة علة العلة من حيث التأثير، وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها، وإنما قال بمعنى علة العلة لأن الشهادة ليست بعلة، وإنما هي سبب أضيق إليه الحكم لتعذر الإضافة إلى العلة، بخلاف شهود الإحصان فإنه شرط محض لأن الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة، وشهود الإحصان ما جعلوا غير الموجب موجباً. قال: **(وإذا شهد شاهدان باليمين الخ)** إذا شهدا على رجل أنه قال لعبده إن دخلت هذه الدار فأنت حر أو قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وشهد آخران على دخولها ثم رجعوا جميعاً فالضمان على شهود اليمين خاصة، وقوله خاصة رد لقول لزفر رحمه الله، فإنه يقول: الضمان عليهم لأن المال تلف بشهادتهما. وقلنا: السبب هو اليمين لا محالة، والتلف يضاف إلى السبب دون الشرط المحض لأن السبب إذا صلح لإضافة الحكم إليه لا يصار إلى الشرط كحافر البئر مع الملقي فإن الضمان عليه دون الحافر قوله: **(ألا ترى)** توضيح للإضافة إلى السبب دون الشرط، فإن القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وإن لم يشهد بالدخول **(ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه)** ومال شمس الأئمة السرخسي إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط،وفيما إذا كان اليمين ثابتة بإقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ أنهم يضمنون لأن العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها هاهنا فإنها ليست بتعد فيضاف إلى الشرط خلفاً عن العلة وشبهة بحفر البئر. قيل وهو غلط، بل الصحيح من المذهب

قوله: **(فإن ثبتوا على التزكية الخ)** أقول: سبق هذا البحث في باب الشهادة على الزنا قوله: **(أو قال ذلك لامرأته الخ)** أقول: هاهنا نوع مسامحة، إذ يدل على أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت حرة، والمراد واضح.

الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لأنه هو السبب، والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض: ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه. ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول.

لطلاق ولا عتاق فلم يكن علة، وإذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لأن العلة إنما هي الثقل فلأن يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى. ومن هذا إذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لأن الاختيار هو العلة والتخيير سبب، ولا يلزم على هذا إذا شهدا أنه تزوّج فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وإن كان وجوب المهر بالتزوّج لأن شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من أن تكون إتلافاً، ثم مقتضى ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسببهم بإثباتهم ما يثبت السبب عنده، بخلاف ما إذا رجع معهم شهود اليمين، وحكى المصنف فيه اختلاف المشايخ. قال العتابي قال أكثر المشايخ: يضمنون لأنهم تسببوا في التلف بغير حق، لأن له أثر في وجود العلة عنده فيكون سبباً للضمان عند عدم العلة، بخلاف الإحصان لأنه أثر في منع وجود العلة لأن الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب إتيانه فلا يلحق بالعلة. وجعل شمس الأئمة هذا عن بعض مشايخنا لمعنى ما ذكرنا من كلام العتابي، ثم قال: وهذا غلط، بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات، لأن قوله أنت حرّ مباشرة الإتلاف، وعند وجود الشرط يضاف إليه لا إلى الشرط سواء كان تعدياً أو لا. بخلاف مسألة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي، وذلك ليس من مباشرة الإتلاف في شيء فلهذا يجعل الإتلاف مضافاً للشرط وهو إزالة المسكة. ثم لا يخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم إذا أقر بالتعلية فشهدا بوجود الشرط. وأما لو شهد اثنان عليه بالتعليق وآخران بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغي أن يختلف في عدم الضمان عليهم، والله أعلم.

أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لأن قوله أنت حر مباشرة لإتلاف المالية، وعند وجود مباشرة الإتلاف يضاف الحكم إلى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لا، بخلاف مسألة الحفر فإن العلة هناك ثقل الماشي، وليس ذلك من مباشرة الإتلاف في شيء فلذلك جعل الإتلاف مضافاً إلى الشرط قوله: **(ومعنى المسألة)** يريد به صورة المسألة وقد قدمناها في صدر البحث، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قوله: **(كحافر البئر مع الملقى فإن الضمان الخ)** أقول: أنه سبب قريب والعلة الثقل، فإذا ضمن مثبت السبب القريب فيما إذا اجتمع السببان لقربه فلأن يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى قوله: **(وإن لم يشهد بالدخول)** أقول: فيه تأمل.

كتاب الوكالة

قال: (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه

كتاب الوكالة

أعقب الشهادة بالوكالة لأن كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره من الموكل والمدعي معتمد عليه كل منهما. والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض أمرك إلى من وكلته اعتماداً عليه فيه ترفها منك أو عجزاً عنه. والوكالة أبداً إما للعجز أو للترفه وكل منهما للضعف، ولذا كان معنى الوكل من فيه ضعف، وفسر قول لبيد:

وكأني ملجم سوذانقا أجدليا كرّه غير وكل

والسوذانق والسوذق والسوذنيق: الشاهين، والأجدل: الصقر نسب فرسه إليه ووكله جعله وكيلاً: أي مفوّضاً إليه الأمر، ومنه وكل أمره إلى فلان، ومن هذا قول الحطيئة:

فلأيا قصرت الطرف عنهم بحرّة أمون إذا واكلتها لا تواكل

يعني إذا فوّضت أمرها إليها لا توكل نفسها إلى أن أحثها على السير بل تستمر على جدها في السير ولا تضعف فيه، أو توكل قبل الوكالة واتكلت عليه اعتمدت وأصله واتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم أبدلت تاء فأدغمت في تاء الافتعال. وأما الوكيل فهو القائم بما فوّض إليه من الأمور وهو فعيل بمعنى مفعول: أي موكول إليه الأمر، فإذا كان قوياً على الأمر قادراً عليه نصوحاً تم أمر الموكل فإذا رضي سبحانه وتعالى أن يكون وكيلاً عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم، فكيف إذا أوجبه عليك لتحقق مصلحتك فضلاً منه. قال الله عز وجل ﴿ربّ المشرق والمغرب لا إله إلا هو فاتخذه وكيلا﴾ [المزمل: ٩] وعلى هذا استمرار إحسانه وبرّه لا إله غيره. وأما شرعاً فالتوكيل إقامة الإنسان غيره مقامه في تصرف معلوم، فلو لم يكن التصرف معلوماً ثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط. وفي المبسوط: قال علماؤنا فيمن قال لآخر وكلتك بمالي: إنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط. وقال الإمام المحبوبي: إذا قال لغيره أنت وكيل في كل شيء كان وكيلاً بالحفظ. وأما سببها فدفع الحاجة المتحققة إليها كما سيظهر في كلام المصنف. وأما ركنها فالألفاظ الخاصة التي بها تثبت من قوله وكلتك ببيع هذا أو شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحاً أو دلالة فيما إذا سكت فلم يقبل أو يرد ثم عمل فإنه ينفذ ويظهر بالعمل قبوله. وروى بشر عن أبي يوسف أنه إذا قال لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو قال هويت أو رضيت أو وافقني أو شئت أو أردت أو وددت ونحو ذلك فهو توكيل. ولو قال لا أنهاك عن طلاق زوجتي لا يكون توكيلاً، فلو طلق لا يقع. ولو قال لعبده لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذوناً. وقال الفقيه أبو الليث: الجواب في الوكالة كذلك، أما في الإذن يجب أن يكون مأذوناً في قول علمائنا لأن العبد بسكوت المولى يصير مأذوناً وهذا فوق

كتاب الوكالة

عقب الشهادات بالوكالة لان الإنسان لما خلق مدنياً بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاضد وتعاوض، والشهادات من التعاضد والوكالة منه، وقد يكون فيها التعاوض أيضاً فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها. والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا إذا فوّض إليه ذلك، والوكيل هو القائم بما فوّض إليه كأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه

كتاب الوكالة

قوله: **(والشهادات من التعاضد الخ)** أقول: ولأن الشهادة من التعاضد المأمور به دون الوكالة فإنها كما سيجيء آنفاً عقد جائز فاستحقت التأخير قوله: **(وقد يكون فيها التعاوض أيضاً)** أقول: كما إذا كان وكيلاً بالبيع أو الشراء مثلاً قوله: **(وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم﴾ الآية)** أقول: فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون رسالة؟ قلنا: الرسالة تبليغ الكلام إلى الغير بلا دخل له في التصرف، والمبعوث إلى المدينة كان مأموراً بشراء الطعام.

على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعاً للحاجة. وقد صح أن النبي ﷺ وكل

السكوت، ذكره في الذخيرة. ولا بد من كون المعنى أن قوله لا أنهاك في حال عدم مباشرة العبد البيع فوق سكوته إذا رآه يبيع، وتقدم عن المحبوبي أنت وكيلي في كل شيء يكون بالحفظ، قالوا: فلو زاد فقال أنت وكيلي في كل شيء جائز صنعك أو أمرك؛ فعند محمد يصير وكيلاً في البياعات والإجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك أن ينفق على نفسه من ماله، وعند أبي حنيفة في المعاوضات فقط، ولا يلي العتق والتبرع. وفي فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى، وكذا لو قال طلقت امرأتك ووقفت أرضك الأصح أنه لا يجوز. ومثله إذا قال وكلتك في جميع أموري. ولو قال فوضت أمر مالي إليك يصير وكيلاً بالحفظ فقط، وكذا فوضت أمري إليك الصحيح أنه مثله. وفي المبسوط: إذا وكله بكل قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاضي بيع ولا شراء، وفوضت لك أمر مستغلاتي وكان أجرها ملك تقاضي الأجرة وقبضها، وكذا أمر ديوني ملك التقاضي، وأمر دوابي ملك الحفظ والرعي والتعليف، وأمر مماليكي ملك الحفظ والنفقة، وفوضت إليك أمر امرأتي ملك طلاقها واقتصر على المجلس، بخلاف ما لو قال وكلتك. والوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد موته وصاية لأن المنظور إليه المعاني. وكلتك في كل أموري وأقمتك مقام نفسي ليس توكيلاً عاماً، فإن كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلاً ينصرف إلى ذلك، وإن لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة فالوكالة باطلة. ولو قال وكلتك في جميع الأمور التي يجوز التوكيل فيها فتوكيل عام يتناول البياعات والأنكحة. وأما شرطها فما سيأتي عند قوله: ومن شرط الوكالة أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام. وأما صفتها فإنها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر كما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولكون شرعيتها غير لازمة ردّ المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله لأنه كلما عزله تتجدّد وكالته، فإن تعليق الوكالة بالشرط جائز فإنه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق إمكان عزله. ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل؛ فقيل أن يكون عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف إلى المعلق والمنجز. وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكالة، وذلك إنما يتحقق في المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبول وجود الشرط، فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح. وقال الفقيه أبو جعفر وظهير الدين: يجب أن يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة تتنجز وكالة أخرى من المعلقة. وقيل هذا إنما يلزم إذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احتراز عن قول أبي يوسف إن الإخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح. وأما على قول محمد إنه يجوز فلا وهو المختار. وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل. ولا بد من تقييده بكونه الحكم الأصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به، وإلا فمن أحكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت ذلك للموكل قوله: **(كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به)** هذا ضابط لا حدّ فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس، ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمي مسلماً ببيع خمره، وهو يملكه لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذمي، فصدق الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجملة، وإنما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوّض إليه التصرف مطلقاً فإنه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل به، فذكروا أن المراد أنه يملكه بمجرد أهليته استبداداً لا بناء على إذن غيره

الأمر: أي مفوض إليه. وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم. وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾ ولم يلحقه النكير. والسنة وهو ما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية» وبالإجماع. فإن الأمة قد أجمعت على جوازها من لدن رسول الله ﷺ

بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر ابن أم سلمة رضي الله عنهما.

قوله: **(صح عن النبيِّ ﷺ الخ)** أما وكالة حكيم فرواية أبي داود بسند فيه مجهول «أنه ﷺ دفع له ديناراً ليشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار وأضحية إلى رسول الله ﷺ، فتصدّق النبي ﷺ به ودعا له أن يبارك له في تجارته»[1] ورواه الترمذي من حديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب عندي أنه لم يسمع من حكيم إلا أن هذا داخل في الإرسال عندنا فيصدق قول المصنف صح[2] إذا كان حبيب إماما ثقة. وأخرج أبو داود عن شبيب بن غرقدة قال: حدثني الحيّ عن عروة البارقي قال: «أعطاه النبي ﷺ ديناراً يشتري أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى تراباً ربح فيه»[3] وأخرجه أيضاً أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي لبيد واسمه لمازة بن زيادة عن عروة فذكره، والذي يتحقق من هذا ظن أن هذه القضية وقعت له ﷺ مع حكيم أو مع عروة أو مع كل منهما[4] بناء على أنهما واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال. وأما أنه وكل عمر ابن أبي سلمة بالتزويج فأخرج النسائي عن ثابت أنه قال: حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة: «أن

إلى يومنا هذا. وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها. وركنها لفظ وكلت وأشباهه. روى بشر عن أبي يوسف: إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذاك توكيل وأمر بالبيع. وشرطها أن يملك الموكل التصرف. ويلزمه الأحكام كما سنذكره. وصفتها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه، وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه. قال: **(كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه الخ)** هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز

قوله: **(هذه ضابطة يتبين بها الخ)** أقول: مخالف لما سيجيء من قوله إن العكس غير لازم وغير مقصود قوله: **(فقد يتفق)** أقول: أي العقد.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٣٨٦ والبيهقي ٦/ ١١٢. ١١٣ كلاهما من حديث حكيم بن حزام. وفيه راوٍ لم يُسَمَّ. لذا أشار البيهقي لضعفه. وقال الزيلعي في ٤/ ٩٠: فيه راوٍ مجهول وأخرجه الترمذي ١٢٥٧ عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام به وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندي من حكيم ا هـ.
وجاء في تلخيص الحبير ٣/ ٥: قال البيهقي: حديث حكيم ضعيف من أجل أن فيه رجلاً مجهولاً. وقال الخطابي: هذا المجهول لا يدرى من هو ا هـ.
قلت: وإسناد الترمذي مرسل لأن حبيباً مدلس، وقد عنعنه. جاء في التقريب في ترجمة حبيب: ثقة فقيه كثير الإرسال والتدليس.

(٢) لم يصح من حديث حكيم وإنما صح من حديث عروة الآتي.

(٣) جيد. أخرجه البخاري ٣٦٤٢ وأبو داود ٣٣٨٤ وابن ماجه ٢٤٠٢ والشافعي ١٣٣٣ والبيهقي ٦/ ١١٢ وأحمد ٤/ ٣٧٥ وابن حزم في المحلىٰ ٨/ ٤٣٦ـ ٤٣٧ كلهم من طريق شبيب بن غرقدة قال: سمعت الحيّ يتحدثون عن عروة البارقي... فذكره ورواية: حدثني الحيّ عن عروة... فذكره.
وأخرجه أبو داود ٣٣٨٥ والترمذي ١٢٥٨ وابن ماجه ٢٤٠٢ والبيهقي ٦/ ١١٢ وأحمد ٤/ ٣٧٦ كلهم من طريق الزبير بن الخرّيت عن أبي لبيد عن عروة البارقي به. وجاء في نصب الراية ٤/ ٩٠. ٩١ ما ملخصه: قال ابن القطان: نسبة هذا الحديث للبخاري كما ينسب إليه ما يخرجه من صحيح الحديث خطأ. لأن ليس مذهبه تصحيح حديث في إسناده من لم يُسَمَّ، فإنَّ الحيّ الذين حدثوا شبيباً به لا يعرفون، فإن هذا الحديث منقطع. وجاء في تلخيص الحبير ٣/ ٥ ما ملخصه: ورواه أبو داود والترمذي، وغيرهما عن أبي لبيد لِمَارة بن زياد وقد قيل: إنه مجهول. وقد وثقه ابن سعد. وقال حرب: أثنىٰ عليه أحمد.
وقال النووي، والمنذري: إسناده حسن لمجيئه من وجهين، وقال الخطابي: هو غير متصل. وقال الرافعي في التذنيب: هو مرسل. قلت: والصواب أنه متصل في إسناده مبهم ا هـ. أقول وبالله التوفيق: أما حديث عروة البارقي، فهو قوي لمجيئه من طريقين. الأول: شبيب حدثني الحيُّ عن عروة البارقي. وشبيب ثقة روىٰ له الستة، وهو من الرابعة وهذا يعني أنه سمع هذا الخبر عن جماعة من التابعين، وربما من الصحابة لأنه تابعي صغير. ولما كان ثقة، فهذا يعني أن الخبر له أصل كيف، وقد جاء من وجه آخر عن لِمازة ـ بكسر اللام وتخفيف الميم ـ متصل الإسناد حيث رواه عن عروة، وهو ـ أي لمازة بن زبّار ـ صدوق كما في التقريب. فحديثه وحده حسن كيف، واعتضد برواية شبيب، فالحديث حسن صحيح إن شاء الله والله أعلم.

(٤) الراجح كون الحادثة وقعت مع عروة فقط لأن حديث حكيم ضعيف.

. . . .

النبي ﷺ بعث إليها يخطبها فأرسلت إليه إني امرأة مصبية، وإني غيرى، وإنه ليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال النبي ﷺ: أما كونك غيرى، فسأدعو الله فتذهب غيرتك، وأما كونك مصبية فإن الله سيكفيك صبيانك، وأما أن أحداً من أوليائك ليس شاهداً فليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضى بي، فقالت أم سلمة: قم يا عمر فزوّج رسول الله ﷺ، فزوّجه إياها»[١] ورواه أحمد وابن راهويه وأبو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال: صحيح الإسناد. واسم ابن عمر بن أبي سلمة سعيد سماه غير حماد بن سلمة. ونظر فيه ابن الجوزي لعلة باطنة وهي أن عمر كان إذ ذاك: يعني حين تزوّجها عليه الصلاة والسلام سنه ثلاث سنين فكيف يقال لمثله زوّج. واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال: وإن كان الكلاباذي وغيره قاله فإن ابن عبد البرّ قال إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة. ويقوّي هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبي سلمة «أنه سأل رسول الله ﷺ عن القبلة للصائم؟ فقال ﷺ: سل هذه فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك، فقال عمر: يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، فقال ﷺ: أما والله إني لأتقاكم لله وأخشاكم له»[٢] وظاهر هذا أنه كان كبيراً. ثم لا يخفى أن ظاهر اللفظ يقتضي أنه كان وكيلاً عن أمه لأنها هي القائلة له قم يا عمر فزوّج لا عن رسول الله ﷺ، وإنما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقي من طريق الواقدي «أنه ﷺ خطب أم سلمة إلى ابنها عمر بن أبي سلمة، فزوّجها رسول الله ﷺ وهو يومئذ غلام صغير»[٣] إلا أنهم يضعفون الواقدي خلافاً لنا. وفيه دليل على وكالة الصبي العاقل خلافاً لهم. إن نظرنا إلى حديث الواقدي فظاهر، وإلى الحديث الصحيح فلأنه لم يزوّجها بحكم الولاية على أمه لأن الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة. وقد قيل[٤] إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو المقول له زوّج والمزوّج هو سلمة بن أبي سلمة. ومما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن إسحاق في كتاب الوصايا: حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول: «أردت الخروج إلى خيبر

التوكيل به وما لا يجوز، فإن مبناه الاحتياج، فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة **(فيحتاج إلى التوكيل وقد صح أن النبي ﷺ وكل بشراء الأضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر ابن أم سلمة)** بتزويجها إياه عليه الصلاة والسلام. واعترض على الضابطة بأنها غير مطردة ومنعكسة. أما الأول فلأن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه، والتوكيل به باطل، والوكيل بعقد بنفسه، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز، والذمي إذا وكل مسلماً في الخمر لم يجز، وجاز أن يعقد الذمي بنفسه فيها. وأما الثاني فلأن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه، ولو وكل ذمياً بذلك جاز عند أبي حنيفة. والجواب عن الأول

قوله: **(جاز له أن يستقرض الخ)** أقول: والاستقراض من العقود قوله: **(والتوكيل به باطل)** أقول: كما سيصرح به في الهداية قبيل باب الوكالة في البيع والشراء قوله: **(وليس بموجود)** أقول: يعني شرعاً قوله: **(لأن الدراهم، إلى قوله: في ملك الغير باطل)** أقول: منقوض بالتوكيل بالاستعارة والاستيداع وسيجيء ما ذكره الشارح في معرض الجواب قوله: **(والجواب الخ)** أقول: يعني عن الرد قوله: **(وأن محل عقد الوكالة الخ)** أقول: سيجيء تحقيقه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع قوله: **(وفي الاستقراض)** أقول: فيه تأمل.

---

(١) جيد. أخرجه النسائي ٦/ ٨١، ٨٢ وأحمد ٦/ ٣١٧ والحاكم ٢/ ١٧٨ وأبو يعلى ٦٩٠٧ و ٦٩٠٨ وإسحاق كما في نصب الراية ٤/ ٩٢ كلهم من حديث عمر بن أبي سلمة عن أم سلمة به، واللفظ للنسائي. وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وهو كما قالا على شرط مسلم.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١١٠٨ وابن حبان ٣٥٣٨ والبيهقي ٤/ ٢٣٤ كلهم من حديث عمر بن أبي سلمة به.
وجاء في التقريب: عمر بن أبي سلمة ربيب النبي ﷺ صحابي صغير أمه أم سلمة زوج النبي ﷺ روى له الجماعة.

(٣) هذا الخبر نسبه الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٩٣ وقال مخرجه: لم أره في البيهقي، ورأيته في طبقات ابن سعد في ترجمة أم سلمة ا هـ. والواقدي في الأخبار، والمغازي مقبول عند بعض العلماء كما ذكر ابن الهمام، ويؤيد ذلك قول ابن حجر في التقريب عنه: صحابي صغير ا هـ فهذا يدل على كونه كان مميزاً.

(٤) هو في نصب الراية ٤/ ٩٣ ولم يذكر الزيلعيُّ القائل.

قال: **(وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق)** لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات. وقد صح أن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً، وبعد ما أسنّ وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه **(وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس)** لأنها

فأتيت رسول الله ﷺ فسلمت عليه وقلت: إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته»[1] وابن إسحاق عندنا من الثقات. وأما على توكيل عليّ رضي الله تعالى عنه عقيلاً فأخرجه البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال: كان عليّ يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكلني. وأخرج أيضاً عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة[2]. وقول المصنف رحمه الله: إن الإنسان قد يعجز إلى آخره. بيان حكمة شرعية الوكالة قوله: «**(تجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق)** لما قدمنا من الحاجة إلى ذلك فإنه ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات التي بها يثبت حقه أو يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر، وكذا يجوز التوكيل بإيفاء الحقوق واستيفائها إلا في الحدود والقصاص في النفس، وما دون النفس فإن الوكالة لا تصح بإيفائها ولا باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس، وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط فالنفي مطلق، إذ الايفاء ليس إلا بتسليم ظهره أو نفسه لإقامة الواجب، وليس ذلك الأمر إلا من الجاني وليس هو الوكيل، فكان ذلك قيداً في الاستيفاء. وإنما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لأنها: أي الحدود والقصاص تندرىء بالشبهات، وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي، قال تعالى: ﴿وأن تعفو أقرب للتقوى﴾ [البقرة: ٢٣٧] بخلاف غيبة الشاهد بالحدّ والقصاص فإنه يستوفي ذلك مع غيبته لأن الشبهة فيه ليس إلا الرجوع، وليس قريباً في الظاهر ولا ظاهر إلا من جهة الأصل ولا الغالب لأن الأصل الصدق خصوصاً مع العدالة والرجوع ليس غالباً، بل من نحو ثمانمائة عام لا يعرف إلا ما وقع

أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطاً كما عرف، وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. ردّ بأنه تقرير للنقض لا دافع، وبأن التوكيل بالشراء جائز، وما ذكرتم موجود فيه. والجواب أنه من باب التخلف لمانع. وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم، وأن محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل، وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه.

لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لأن ذاك محل التوكيل بإيفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستبداً به والوكيل ليس كذلك. والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وإن صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن

قوله: **(لا يقال إلى قوله لأن ذلك الخ)** أقول: قوله بأن ذلك جواب لقوله لا يقال الخ، والضمير في قوله فيه راجع إلى الاستقراض، والضمير في بدلها راجع إلى الدراهم في قوله وفي الاستقراض للدراهم المستقرضة قوله: **(والذمي جاز له توكيل الخ)** أقول: وهذا على تقدير صحته يكون جواباً عن النقض بالاستقراض أيضاً إلا أنه لما كان مخالفاً لما سيجيء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب، ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضاً. والحق في الجواب أن

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٦٣٢ من حديث جابر وسكت عليه. وقال المنذري في مختصره (٣٤٨٥): فيه محمد بن إسحاق اهـ.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٩٤: سكت عليه عبد الحق فهو صحيح عنده. لكن أعله ابن القطان بابن إسحاق وأنكر على عبد الحق سكوته عليه. اهـ.
قلت: ابن إسحاق نعم ثقة إلا أنه مدلس، وقد عنعنه فلا حجة في حديث يرويه مدليس، ولم يصرح بالسماع، أو التحديث.

(٢) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٦/ ٨١ من وجهين أحدهما عن عبد الله بن جعفر والأخر عن علي ومدارهما على جهم بن أبي جهم، وقد قال عنه الذهبي في الميزان: لا يعرف. وتعقبه ابن حجر في اللسان فقال: ذكره ابن أبي حاتم، ولم يذكر فيه جرحاً، وذكره ابن حبان في الثقات اهـ.

تندرىء بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل، بل هوالظاهر للندب الشرعي، بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع، وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء، فلو منع عنه

عند عليّ رضي الله تعالى عنه، والله سبحانه أعلم هل ندر عند غيره أم لا، وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير شبهة يدار باعتبارها حكم **(بخلاف)** الاستيفاء **(حال حضرة الموكل)** فإن الوكالة به تجوز، فإن المستحق قد لا يحسن الاستيفاء، فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا في القصاص. وأما الحدود فإن الذي يلي استيفاءها الإمام، وقد لا يحسن فجاز توكيل الجلاد وإلا امتنع. ثم لا يخفى أن تعليل المصنف النفي حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو إنما يستقيم في القصاص دون الحدود لأن العفو فيها لا يتحقق أصلاً كما أسلفناه في الحدود، ولو كان حدّ قذف وسرقة لأن الحق صار لله سبحانه وحده، حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت إليه ويقطعه، فالوجه أن يضم ما يجري فيه من إمكان ظهور شبهة أو غلط. فبعد الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر إلى أن يحضر نفس المستحق احتياطاً للدرء قوله: **(وهذا الذي ذكرناه)** أي من جواز التوكيل بإثبات الحدود: أي من جهة المقذوف والمسروق منه بإقامة البينة على السبب قوله: **(أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف: لا تجوز الوكالة بإثباتها)** وقول محمد مضطرب تارة يضم إلى أبي يوسف وتارة إلى أبي حنيفة، وظاهر كلام المصنف ترجيحه، وكذا فعل في المبسوط **(وقيل هذا الخلاف)** بين أبي حنيفة وأبي يوسف **(عند غيبة الموكل)** فلو وكل بإثباتها وهو حاضر جاز اتفاقاً **(لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره. لأبي يوسف أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يحترز عنها في هذا الباب)** أي باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي إلى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض)** لثبوت الحدّ **(لأن وجوبه)** إنما **(يضاف إلى)** نفس **(الجناية)** لا إلى الخصومة **(والظهور)** أي ظهور الجناية إنما يضاف **(إلى)** نفس **(الشهادة)** لا إلى السعي في إثباتها فكان السعي في ذلك حقاً **(كسائر الحقوق)** فيجوز لقيام المقتضى وانتفاء المانع.

الثاني بأن العكس غير لازم وليس بمقصود. واعترض على قوله لأن الإنسان قد يعجز بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلاً. وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الأفراد، ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع، وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز. قال: **(وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الخ)** الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة، وكذا بإيفائها واستيفائها. أما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة، إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات، وقد صح أن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً في الخصومة لكونه ذكياً حاضر الجواب، وبعد ما أسنّ عقيل وقّره فوكل عبد الله بن جعفر، وأما بإيفائها واستيفائها فلأنه جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به إلا في الحدود والقصاص، فإن الوكالة باستيفائها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لأن الحدود تندرىء بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال.

يقال لم يقل جاز أن يوكل به كل أحد حتى يرد النقض، والذي يملك أن يوكل غيره وهو ذمي مثله فتأمل. ثم أقول: بقي فيه بحث آخر، إذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار، ثم ليت شعري ما معنى جوازه قوله: **(وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم الخ)** أقول: في التنقيح الحكمة المجردة لا تعتبر في كل فرد لخفائها وعدم انضباطها بل في الجنس، فيضاف الحكم إلى وصف ظاهر منضبط يدور معها أو يغلب وجودها عنده كالسفر مع المشقة انتهى. وأنت خبير بأن إضافة الحكم إلى الوصف هنا غير واضح فتأمل قوله: **(ويجوز أن يقال ذكر الخاص الخ)** أقول: هاهنا كلام إلا أن يقال قد للتحقيق كذا قيل، وفيه بحث لأن التعليل ليس بالنسبة إلى أحوال التوكيل بل بالإضافة إلى أحوال الإنسان قوله: **(فلأنه جاز أن يباشر بنفسه الخ)** أقول: الأظهر أن يقال فللحاجة أيضاً إذ هي الحال كما لا يخفى قوله: **(لأن الحدود تندرىء بالشبهات)** أقول: وكذا القصاص كما مر ويصرح به الآن، فلا وجه لتخصيص الدليل الأول بالحدود قوله: **(لأن الحدود لا يعفى عنها)** أقول: غير منقوض بحد القذف وحد السرقة لأن الحق صار لله سبحانه وتعالى وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت إليه ويقطع.

ينسد باب الاستيفاء أصلاً، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله **(وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً)** ومحمد مع أبي حنيفة، وقيل مع أبي يوسف رحمهم الله، وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه. له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرر عنها في هذا الباب **(كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء)** ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق، وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص. وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع، غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به.

وقوله سائر الحقوق: أي باقيها: أي فتجوز الوكالة بهذا الحق كما في سائر الحقوق، ولا حاجة إلى تفسيره بجميع الحقوق معوّلاً على ما في صحاح الجوهري ثم تخطئته بأنه إنما هو بمعنى الباقي لا الجميع. هذا وقد يمنع انتفاء المانع، فإن هذه الخصومة ليس إلا السعي في إثبات سبب الحدّ والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لإسقاطه. فإن قيل: لو صح هذا لم يجز إثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرت لأنه ساع إلى آخره وذلك يخلّ بالإجماع. قلنا الفرق أن الوكالة فيها زيادة تحيل وزيادة تكلف لإثباته لأن الظاهر أنه يوكل للاستعانة عليه لضعفه هو عن الإثبات والشرع أطلق في إثباته لا بذلك التكلف الزائد والتهالك فيه، بل إذا عجز ترك لأنه علة الدرء لأنه ﷺ قال للذين اتبعوا ماعزاً حين هرب لما أذلقته الحجارة «هلا تركتموه»[1] أو نحو ذلك قوله: **(وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحدّ والقصاص)** أجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف **(و)** لا شك أن **(كلام أبي حنيفة فيه أظهر)** منه بالوكالة بإثباتها **(لأن الشبهة)** التي بها منع أبو يوسف هناك **(لا تمنع الدفع)** بل تقتضي أن يقول بجواز الوكالة بدفعه، ثم لا يجوز للموكل الإقرار على موكله كما هو قول أبي حنيفة فخلافه هنا عجيب، والله تعالى أعلم.

وقوله: **(وشبهة العفو)** دليل على القصاص لأن الحدود لا يعفى عنها. وتقريره: القصاص يندرىء بالشبهات وهي موجودة، لأن شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل، بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ وفيه خلاف الشافعي، يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعاً للضرر عن نفسه. قلنا: سائر حقوقه لا تندرىء بالشبهات، بخلاف غيبة الشاهد: يعني يستوفي الحدود والقصاص عند غيبته لأن الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع إذ الأصل هو الصدق لا سيما في العدول، وبخلاف ما إذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة: أي شبهة العفو فإنه في حضوره مما لا يخفى. فإن قيل: إذا كان الموكل حاضراً لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء إذ هو يستوفيه بنفسه. أجاب بقوله: وليس كل أحد يحسن الاستيفاء: يعني لقلة هدايته أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك، فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحساناً لئلا ينسد بابه بالنسبة إليه بالكلية قوله: **(وهذا الذي ذكرناه)** يعني جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص، فإنه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وإيفائها واستيفائها واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما فبقي إثبات الحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر

قال المصنف: **(ينسد باب الاستيفاء أصلاً)** أقول: فيه شيء، لكن المراد الانسداد بالنسبة إلى الذي لا يحسنه كما صرحوا به قوله: **(عند حضوره استحساناً)** أقول: والقياس أن لا يجوز للبدلية قوله: **(وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل)** أقول: لا يخفى عليك أن المشار إليه هو جواز التوكيل في الحقوق كلها لأنه هو المذكور صريحاً، وهو اللائق لأن يجعل كذلك بمنزلة المحسوس المشاهد مع أن ذلك هو مذهب أبي حنيفة. وأما عند أبي يوسف لا يجوز التوكيل في بعض الحقوق وهو ما ذكره المصنف، وما في الشرح تبعاً للإتقاني تكلف ظاهر فليتأمل قوله: **(واستثنى إيفاء الحدود والقصاص)** أقول: الظاهر من سياق كلام المصنف أن المستثنى هو استيفاؤهما، ولا يتوهم جواز التوكيل بإيفائهما حتى يحتاج إلى الاستثناء قوله: **(بقي الحدود والقصاص الخ)** أقول: الأظهر أن يقال بقي الخصومة في الحدود والقصاص.

---

(١) تقدم في حد الزنا. وهو صحيح.

(وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً. وقالا: يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله. ولا خلاف في

ثم وجه عدم صحة إقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره أن الوكالة بالخصومة انصرفت إلى الجواب مطلقاً نوعاً من المجاز فنعتبر عمومه فيما لا يندرىء بالشبهات ونخص منه الاعتراف فيما يندرىء بالشرع العام في الدرء بالشبهات، وفي اعترافه شبهة عدم الأمر به قوله: **(وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز التوكيل بالخصومة)** من قبل المدعي أو المدعى عليه **(إلا برضا الخصم)** إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً **(وقالا: يجوز)** ذلك **(بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله)** قال المصنف رحمه الله **(ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم)** قالوا: فعلى هذا معنى قولنا لا يجوز التوكيل الخ لا يلزم إلا برضا الآخر. وأنكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب أن المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك، وساق عباراتهم فلم ترد على ما علموه من نحو قول القدوري المسطور هنا، وهو لا يجوز التوكيل إلا برضا الخصم، وهم قد علموا ذلك ولم يشكوا فيه، وإنما فسروه بذلك. وسبق المصنف شمس الأئمة إلى ذلك فقال: التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح، لكن للخصم أن يطلب الخصم أن يحضر بنفسه ويجيب، ونحو هذا كلام كثير مما يفيد أنه المراد مما ذكروه. وسبب ذلك أنه لما لم يعرف لأحد القول بأنه إذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافياً في توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يجدد له وكالة أخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا أن المراد بلا تجوز إلا برضاه، أنها لا تمضي على الآخر وتلزم عليه إلا أن يرضى، ومعنى هذا ليس إلا أن اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور، ومن العبارات التي نقلها ما عن أبي حنيفة: لا أقبل وكالة من حاضر صحيح إلا أن يرضى خصمه، وهي قريبة من التفسير المذكور. والحاصل أنه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى أنه إذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل

الحقوق فقال: **(هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوّز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود، وقول محمد رحمه الله مضطرب. وقيل: هذا الاختلاف إذا كان الموكل غائباً)** أما إذا حضر فلا اختلاف لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره. لأبي يوسف أن التوكيل إنابة والإنابة فيها شبهة لا محالة، وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة)** والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضى وانتفاء المانع. لا يقال: المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء، والشهادة على الشهادة لأنها في الشرط لا يصلح مانعاً لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود، بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود، وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق بها الظهور، وعلى هذا الخلاف إذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلاً بالجواب بدفع ما عليه. وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع، ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة، لكن هذا الوكيل لو أقرّ في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحساناً، والقياس صحته، لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الإقرار بسائر الحقوق. ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الأمر به. قال: **(وقال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم)** اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم. قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز التوكيل بها إلا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي أو

قوله: **(وفيه نظر لأنا لا نسلم أن الجواز الخ)** أقول: الظاهر أنه حمل الجواز على الإمكان العام المقيد بجانب العدم ولزومه للزوم مما لا يقبل المنع قوله: **(ليس بمجاز)** أقول: بل كناية كما صرح به في المفتاح، وفيه بحث، فإنهم صرحوا بأن العمدة في الفرق بين المجاز والكناية هو جواز إرادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها، ولا تعويل على ما ذكره الكاكي، كيف وقد اعترف هو أيضاً بأن ما ذكره تكلف ارتكبه للضبط فراجعه.

الجواز إنما الخلاف في اللزوم. لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون. وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره. والناس متفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر، بخلاف المريض والمسافر لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك، ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة، ولو

خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعد إلى الإضرار بغيره **(و)** لا شك أن **(الناس يتفاوتون في الخصومة)** كما صرح قوله عليه الصلاة والسلام: «إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له، فمن قضيت له بحق أخيه فإنما هي قطعة من نار»[1] ومعلوم أن الوكيل إنما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوى الباطلة ليغلب وإن لم يكن الحق معه، كما أفاده الحديث المذكور، وفي ضرر بالآخر فلا يلزم إلا بالتزامه، وصار **(كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين)** فإنه تصرف في خالص حقه، ومع هذا لما كان متضمناً الإضرار بالآخر كان له فسخها، وكمن استأجر دابة ليركبها إجارته إياها تصرف في حقه ومملوكه، ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الإضرار بالمؤجر إذ كان الناس يختلفون في الركوب، بخلاف ما قاس عليه من التوكيل بتقاضي الدين فإنه بحق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فإن القبض معلوم بجنس حقه وعلى المطلوب أن يقضي ما عليه، وللتقاضي حد معلوم إذا جاوزه منع منه، بخلاف الخصومة فإن ضررها أشد من شدة التقاضي، وعدم المساهلة في القبض لتضمنها التحيل على إثبات ما ليس بثابت أو دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه، إلا إذا كان معذوراً وذلك بسفره فإنه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه، وتوكيل علي رضي الله عنه وغيره بالخصومة إن لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا بدل لأحد. قال شمس الأئمة: والذي نختاره أن القاضي إذا علم من المدعي التعنت في إبائه التوكيل يقبله من غير رضاه، وإذا علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالتوكيل لا يقبله إلا برضا الآخر فيتضاءل وقع الضرر من الجانبين. ثم ذكر في حد المرض: إن لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على إنسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل، وإن لم يزدد اختلفوا فيه. والصحيح أن له أن يوكل لأن نفس الخصومة مظنة وزيادة سوء المزاج فلا يلزم به **(وكما يلزم التوكيل من المسافر يلزم)** من الحاضر **(عند إرادة السفر)** غير أن القاضي لا يصدقه في دعواه بإرادته فينظر إلى زيه وعدة سفر ويسأله مع من يرد أن يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك،

المدعى عليه إلا بالمرض أو السفر وقالا: **(يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله)** قال المصنف: **(ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم)** ومعناه أنه إذا وكل من غير رضاه وهل يرتدّ برده أو لا؟ عنده يرتد خلافاً لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازاً لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم، فإن الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وأراد الملزوم. وفيه نظر لأن لا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه. سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز. والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم، بل إن رضي به الخصم صح وإلا فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه بجعله مجازاً **(لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه)** لأنه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة.

قوله: **(في قوة قولنا التوكيل الخ)** أقول: فيه نظر، فإنا لا نسلم أنه في قوة ما ذكره، فإن مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لاشتراط لزومه به. والحاصل أن نفي الجواز أخص بناء على أن نقيض الأعم أخص من نقيض الأخص من نفي اللزوم، والمقصود بالإفادة هنا هو الثاني لا الأول إذ لا خلاف فيه قوله: **(وإلا فلا)** أقول: هذا مناف لغرضه قوله: **(لأنه وكله الخ)** أقول: أنت خبير بقصور الدليل عن إفادة المدعي فإنه كان عاماً لتوكيل المدعى أيضاً قوله: **(والمستحق للغير)** أقول: يعني المستحق للمدعي قوله: **(فكان خالص حقه)** أقول: الظاهر أن يقال حقهما إلا أنه راعى عبارة الدليل فافهم، والضمير في قوله حقه راجع إلى الموكل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٨٠ وسيأتي في تتمة الوكالة.

إلى تجديد وكالة كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة **(لهما أن التوكيل)** بالخصومة **(تصرف في خالص حقه)** لأن الخصومة حقه الذي لا يصد عنه فاستنابته فيه تصرف في خالص حقه **(فلا يتوقف على رضا غيره)** وصار **(كالتوكيل)** بغير ذلك بتقاضي الديون. وله أن جواب الخصم مستحق على خصمه، ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل أن يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه. وغاية ما ذكرتم أنه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الإنسان في

كما إذا أراد فسخ الإجارة بعذر السفر فإنه لا يصدقه إذا لم يصدقه الآجر فيسأل كما ذكرنا، فإن قالوا نعم تحقق العذر في فسخها قوله: **(ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي)** وهو الإمام الكبير أبو بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي **(يلزم التوكيل)** منها **(لأنها لو حضرت لم تستطيع أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها)** أو يضيع حقها. قال المصنف رحمه الله وهذا شيء استحسنه المتأخرون يعني إما على ظاهر إطلاق الأصل وغيره. عن أبي حنيفة لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة، والفتوى على ما اختاروه من ذلك، وحينئذ فتخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس إلا لفائدة أنه المبتدىء بترفيع ذلك وتبعوه. ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي أنها التي لا يراها غير المحارم من الرجال. أما التي جليت على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة، وليس هذا بحق، بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز، فأما حديث المنصة فقد يكون عادة العوام تفعله بها والدتها ثم لم يعهد لها بروز ومخالصة في قضاء حوائجها بل يفعله غيرها لها **(يلزم توكيلها)** لأن في إلزامها بالجواب تضييع حقها، وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى. ثم إذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم إليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها. وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: إذا كان المدعى عليه مريضاً أو مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج إلا لضرورة، فإن كان القاضي مأذوناً بالاستخلاف بعث نائباً يفصل الخصومة هناك وإن لم يكن بعث أميناً وشاهدين يعرفان المرأة والمريض، فإن بعثهما يشهدان على إقرار كل منهما أو إنكاره مع اليمين لينقلاه إلى القاضي، ولا بد للشهادة من المعرفة، فإذا شهدا عليهما قال الأمين وكل من يحضر مع خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي بإقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل. ولو توجه يمين على أحدهما عرضه الأمين عليه، فإن أبى الحلف عرضه ثلاثاً، فإذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته، فإذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله. قال السرخسي: هذا اختيار صاحب الكتاب، فإنه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على أثر النكول. فأما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول، فقال بعضهم: الأمين يحكم عليهما بالنكول ثم ينقله الشاهدان إلى القاضي مع وكيلهما فيمضيه القاضي. وقال بعضهم: يقول القاضي للمدعي أتريد حكماً يحكم بينكما بذلك ثمة؟ فإذا رضي بعث أميناً بالتحكيم إلى الخصم يخبره بذلك، فإذا رضي بحكمه وحكم، فإن كان مما لا اختلاف فيه نفذ، وإن كان مما فيه خلاف توقف على إمضاء القاضي. والقضاء بالنكول مختلف فيه، فإذا أمضاه نفذ على الكل. وفي الذخيرة من الأعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم. عند أبي حنيفة رحمه الله: حيض المرأة إذا كان القاضي

والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي: أي بقبض الديون وإيفائها. ولأبي حنيفة رحمه الله: إنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه، فإن الجواب مستحق على الخصم. ولهذا يستحضره في مجلس القاضي، والمستحق للغير لا يكون خالصاً له. سلمنا خلوصه له لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره، وها هنا ليس كذلك لأن الناس متفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين فإنها تتوقف على رضا الآخر، وإن كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الإمضاء والفسخ قوله: **(بخلاف المريض)** بيان وجه مخالفة المستثني للمستثنى منه، وذلك أن الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جواباً عن التنزل بأن توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت أشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحمل الأسهل، والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع عنه مطلقاً. وأما المستطيع بظهر الدابة أو الحمال فإذا ازداد

كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله: يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها. قال: وهذا شيء استحسنه المتأخرون.

قال: **(ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام)** لأن الوكيل يملك التصرف

يقضي في المسجد، وهذه على وجهين: إن كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه، أو مطلوبة إن أخرها الطالب إلى أن يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضا الطالب. ولو كان الموكل محبوساً فعلى وجهين، إن كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لأن القاضي يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده، وإن كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل قوله: **(ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الأحكام)** فهذان شرطان للوكالة في الموكل. قيل إنما يستقيم الأول على قولهما، أما على قوله فلا لأنه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه، بل الشرط عنده كون الوكيل مالكاً لذلك التصرف الذي وكل به. وأجاب بعضهم بأن المراد للتصرف أن تكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون بالغاً عاقلاً، وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها، ثم حمد الله تعالى على ما هداه لذلك وهو خطأ إذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح، بل إذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع. وأورد عليه ما إذا قال بع عبدي هذا بعبد أو اشتر لي عبداً صح التوكيل مع أنه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا، كما لو قال لغيره بعتك عبدي هذا بعد أو اشتريت هذا منك بعبد لا يجوز. أجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة، فإنها إنما تمنع في المباشرة لا التوكيل، وذلك لأنها إنما تمنع لإفضائها إلى المنازعة لا لذاتها، ولذا لم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر أو شرائه، وجهالة الوصف لا تفضي إليها في التوكيل لأنه ليس بأمر لازم، بخلاف المباشرة للزومها، ثم إذا صح التوكيل بذلك فإن كان بالشراء فاشترى عبداً بغير عينه لا يجوز، كما لو اشترى الموكل بنفسه أو بعينه إن كنت قيمته مثل

مرضه صح التوكيل وإن لم يزدد. قال بعضهم: هو على الخلاف، وقال بعضهم: له أن يوكل وهو الصحيح، إرادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك إلا بالنظر إلى زيه وعدّة سفره أو بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الإجارة **(ولو كان الخصم امرأة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم. قال أبو بكر الرازي: يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها. قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتأخرون)** وأما في الأصل فإنه لا فرق عند أبي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة إلا بالعذرين المذكورين، وعندهما كذلك في جوازها. وقال ابن أبي ليلى: تقبل من البكر دون الثيب والرجل. قال: **(ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام)** قال صاحب النهاية: إن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف، لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر، ولو وكل به جاز عنده، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد: أي يملك التصرف الذي وكل به وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبيّ والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب بكلمة من جنس

قوله: **(قال صاحب النهاية: إن هذا القيد الخ)** أقول: في الكافي: اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لأن التوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله، ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره، وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلاً بما يملكه الوكيل، فإما أن يكون الموكل مالكاً للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير للمسلم في الأصل وإن امتنع لعارض النهي انتهى. فعلى هذا لو جعل اللام للعهد يستقيم الكلام على مذهب أبي حنيفة أيضاً فليتأمل قوله: **(ومنشأ هذا التوهم)** أقول: سبقه إلى هذا الكلام الإتقاني قوله: **(حتى يكون معناه يملك جنس التصرف الخ))** أقول: ينبغي أن يراد بجنس التصرف جنس التصرف الذي يتعلق بمحل التوكيل لظهور أن الموكل لا يملكه غيره قوله: **(احتراز عن الصبي)**.

من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكاً ليملكه من غيره. (و) يشترط أن يكون **(الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده)** لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبياً لا يعقل أو مجنوناً

قيمة العبد الثمن أو أقل مما لا يتغابن فيه لا يجوز، وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة. ولا يخفى أن قوله فإن كان بالشراء فاشترى عبداً بغير عينه لا يجوز، كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على إطلاقه لما عرف من مذهبنا في شراء أحد العبدين أو الثوبين أو الثلاثة بغير عينه على أن يأخذ أيهما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية. وأما الشرط الثاني وهو قوله وتلزمه الأحكام فلأن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل يملكه. ثم قيل: هو احتراز عن توكيل الوكيل فإن الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك، فلا يصح توكيله إلا أن يصرح به حقيقة أو معنى كما سنذكره. وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فإنهما لو اشتريا شيئاً لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصحح. وأورد على هذا الوجه أنه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب أنه يملك التصرف فيملك تمليكه. والجواب أن ملكه شرط جواز تمليكه لا علته ليلزم من وجوده الوجد فجاز أن لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة قوله: **(ويشترط إلى آخره)** ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده، أي يعقل معناه: أي ما يلزم وجوده من أنه سالب بالنسبة إلى كل من المتعاقدين جالب إلى كل منهما، فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قلبهما ويقصده لفائدته وقول بعضهم[1] إن هذا الشرط احتراز عن الهزل: يعني أن من شرط الوكالة أن لا يهزل الوكيل في البيع

التصرف قوله: **(وتلزمه الأحكام)** يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام، فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لأنه لم تلزمه الأحكام، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان. والثاني احتراز عن الصبى والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطاً واحداً، وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح والأحكام لا تلزمه. فإن قلت: إذا جعلتهما شرطاً واحداً لزمك الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولا يجوز توكيله. قلت: غلط، فإن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه قوله: **(لأنه الوكيل)** دليل اشتراط ما شرطت به، وذلك لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال. ولقائل أن يقول: الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه، والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي يبيع الخمر، والأول ممنوع فإنه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح. والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن

أقول: يعني المحجور قوله: **(فإن الأنسب بكلمة من جنس التصرف الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف. والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم إدخال «من» في من يملك، لكن ظاهر أن المراد أيضاً جنس التصرف المخصوص فلذلك قال: فإن الأنسب الخ، ثم إن الأنسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى قوله: **(يحتمل أحكام ذلك التصرف)** أقول: أي التصرف الموكل به قوله: **(وجنس الأحكام)** أقول: أي جنس أحكام جنس التصرف قوله: **(فالأول)** أقول: يعني قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف قوله: **(لأنه لم يلزمه الأحكام)** أقول: حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن قوله: **(والثاني)** أقول: يعني قوله وجنس الأحكام قوله: **(احتراز عن الصبي الخ)** أقول: يعني الصبي المحجور، ولعل مراده أنه يكون للاحتراز عنهما. لا يقال: الصبي قد يلزمه الأحكام كما إذا باع أو اشترى أبوه له، لأن المراد جنس أحكام التصرف الذي يباشره بنفسه قوله: **(وهذا أصح)** أقول: ويؤيده تخصيص المعطوف عليه بإقامة الدليل قوله: **(قوله لأن الوكيل دليل الخ)** أقول: صورة القياس الموكل يملك التصرف للوكيل وكل من هذا شأنه يجب أن يكون مالكاً للتصرف، فقوله لأن الوكيل إشارة إلى دليل الصغرى، وقوله فلا بد الخ إلى الكبرى قوله: **(ما شرطت به)** أقول: يعني ما شرطت الوكالة به قوله: **(والجواب أن الوكيل الخ)** أقول: كيف يقال هذا إذا وكل ذمياً ببيع هذا الخمر فإنه لا يعقل فيه ما ذكره قوله: **(يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة الخ)** أقول: أي يملكه من جهة الموكل على هذا الوجه قوله: **(بحيث يلزمه أحكام الخ)** أقول: فيه بحث، لاستلزامه أن لا يصح توكيل الوكيل المأذون له به لفقد شرطه، فما أسرع ما نسي ما قدمت يداه.

---

(١) **(قول الكمال وقول بعضهم الخ)** مبتدأ خبره أي ارتباط الخ: أي يقال لذلك البعض أي ارتباط الخ كذا بهامش الأصل.

كان التوكيل باطلاً. **(وإذا وكل الحرّ العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز)** لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة **(وإن وكلا صبياً محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً جاز، ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق**

والشراء أي ارتباط صحة الوكالة، وكون الوكيل هزل في بيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة، وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة أحدهما وإنما اشترط ذلك في الوكيل لأنه قائم مقام الموكل في العبارة، والموكل لا يصح عقده وعبارته به إلا إذا كان يعقل ذلك، وأما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه. نعم إن وكله بأن يبيعه لا بغبن فاحش فحينئذ ينبغي أن تصح الوكالة. ويشترط في صحة بيع الوكيل أن يتعرفه قبل بيعه قوله: **(وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز)** وأطلق في المأذون ليشمل كلا من العبد والصبي المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل التصرف ولزوم الأحكام وعقلية الوكيل معنى العقد، ولم يذكر العقل مع البلوغ لأن اشتراط العقل يعرفه كل أحد، ومعلوم أيضاً أن قوله مثلهما ليس بقيد بل مثلهما أو أعلى حالاً منهما كتوكيل العبد المأذون حر أو دونهما كتوكيل الحر البالغ عبداً مأذوناً قوله: **(وإن وكل صبياً محجوراً عليه يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما)** هذا الكلام له منطوق ومفهوم، فمنطوقه ظاهر، ووجهه ما ذكر المصنف **(من أن الصبي)** أي العاقل **(من أهل العبارة)** حتى **(نفذ تصرفه بإذن وليه، والعبد)** من أهل التصرف في **(حق نفسه مالك له، وإنما لا يملكه في حق المولى، والتوكيل ليس تصرفاً)** من الموكل **(في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة، فالصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل)** ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد أنه لو أعتق

الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه. ولا ينافيه أيضاً لجواز ثبوت شيء بأمرين على البدل. والحاصل أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل من يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث يلزمه أحكام ما باشره الوكيل لأهليته في كل فرد فرد، سواء كان الموكل بملكه أو لا لعارض عرض في بعض ذلك لأن مبناها على التوسع. ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش، وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون، ويقصده بأن لا يكون هازلاً لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد وأن يكون من أهل العبارة، وهذا يشير إلى أنّ معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكل الصبي العاقل صحيح ومعرفة أن ما زاد على «ده نيم» في المتاع و «ده يازده» في الحيوان و «ده دوازده» في العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه **(وإذا وكل الحرّ البالغ أو المأذون البالغ مثلهما جاز)** ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الأولى لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة. وكل وكالة كان الموكل مالكاً للتصرف والوكيل من أهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم، وإن وكل الحر البالغ صبياً محجوراً عليه، أو عبداً محجوراً عليه أو فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك، أما من جانب الموكل فظاهر، وأما من جانب الوكيل فلأن الصبيّ من أهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل

قوله: **(ويقصده الخ)** أقول: فيه تأمل، والظاهر أن قوله ويقصده عطف تفسيري على قوله ممن يعقل العقد الخ لا شرط آخر، ويؤيده أنه لم يستدل عليه بدليل يخصه، وأيضاً عدم كونه هازلاً في العقد شرط صحة ذلك العقد لا شرط صحة الوكالة قوله: **(لأنه يقوم مقام الموكل الخ)** أقول: هذا تعليل لقوله ويشترط أن يكون الوكيل الخ قوله: **(وهذا)** أقول: يعني التعليل أشار به إلى قوله لأنه يقوم الخ قوله: **(يشير)** أقول: حيث اكتفى بمجرد كونه من أهل العبارة قوله: **(ليست بشرط الخ)** أقول: ولهذا لم يذكرها العلامة النسفي في الكافي، ولم يزد في تفسير قوله يعقل العقد على أن قال: أي يعرف أن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه قوله: **(ومعرفة أن ما زاد إلى قوله: مما لا يطلع)** أقول: ومعرفة مبتدأ، وقوله مما لا يطلع خبره قوله: **(مما لا يطلع عليه أحد الخ)** أقول: مسلم فإنا نرى كثيراً من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال بعلم الفقه بل بالسماع من الثقات وكثرة المباشرة بالمعاملات، ثم قد يقام التمكن من الشيء مقام ذلك الشيء كما سبق في مباحث عدم قبول شهادة الأعمى في هذا الكتاب، وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود في الصبي الذي كلامنا فيه فليتأمل.

بموكلهما) لأن الصبي من أهل العبارة؛ ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه، والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه في حق المولى، والتوكيل ليس تصرفاً في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة. أما الصبيّ لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل. وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم

بعد أن باشر الشراء لزمته الحقوق، بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا ترجع إليه. وأما مفهومه فهو أن الوكيل لو كان صبياً مأذوناً أو عبداً مأذوناً تعلقت الحقوق بهما لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيلاً في الذخيرة قال: إن كان الوكيل صبياً مأذوناً، فإن وكل بالبيع بثمن حال ومؤجل فباع لزمته العهدة أو بالشراء إن كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياساً واستحساناً فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي، وذلك لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن، لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد الملك للضمن إنما التزم مالاً على موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة. وأما إذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة. وفي الاستحسان تلزمه لأن للصبي ملكاً حكمياً في المشتري فإنه يحبسه بالثمن عن الموكل حتى يستوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه. والصبي المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا حقيقة ولا حكماً فإنه لا يحبسه عن الموكل إلى الاستيفاء، والعبد إذا توكل على هذا التفصيل. ثم اعلم أن العبد والصبي المحجورين وإن لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمها المبيع اعتباراً لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد

التصرف على نفسه مالك له، وإنما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفاً في حقه، إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة: الصبي لقصور أهليته؛ والعبد لحق سيده. ويعلم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه العهدة لأن المانع من لزومها حق المولى وقد زال، والصبيّ إذا بلغ لم تلزمه لأن المانع قصور أهليته حيث لم يكن ملزماً في حق نفسه وفي هذا الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ، وإنما قيد بقوله محجوراً عليه فيهما إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو أن الصبيّ المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً، وإذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه قياساً واستحساناً بل يكون على الآمر يطالبه البائع بالثمن لأن ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لأن ضمان الثمن لا يفيد الملك للضامن في المشتري، وليس هذا كذلك إنما هذا التزم مالاً في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة، والصبيّ المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة، وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة. وفي الاستحسان يلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم، فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه، والصبيّ المأذون من أهل ذلك. والجواب في العبد المأذون أيضاً على هذا التفصيل **(وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبيّ أو عبد)** وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجنّ ويفيق **(له خيار الفسخ)** لأنه ما رضي بالعقد إلا على أن الحقوق تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه بتخير كما إذا عثر على عيب لم يرض به.

قال المصنف: **(وإذا وكل الحر البالغ أو العبد المأذون مثلهما جاز)** أقول: قال صدر الشريعة، ولو قال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله والحر البالغ، والمراد بالمأذون الصبي العاقل الذي أذنه الولي والعبد الذي أذنه المولى انتهى وفيه تأمل قوله: **(أو المأذون البالغ)** أقول: لعل قيد البالغ هنا وقع سهواً قوله: **(ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما الخ)** أقول: ما فوق الحر البالغ هو الحر البالغ الكائن من أهل دار الإسلام المسلم، فإن النوع قد يتقدم رتبة على الجنس كما مر في موضعه قوله: **(لأن الموكل مالك التصرف الخ)** أقول: لأن الموكل تعليل لقوله جاز، ولكن بقي هاهنا بحث، فإنه لو صح هذا الدليل لزم صحة توكيل الوكيل الغير المأذون به لجريانه فيه بعينه، إلا أن يعتبر فيه عدم المانع في الكبرى. أو يقال: المراد بمالكية التصرف هو المالكية استقلالاً من غير استفادة من غير وفيه شيء لخروج توكيل الوكيل المأذون به، والظاهر أن الشمول له مقصود أيضاً قال المصنف: **(والعبد من أهل التصرف)** أقول: كان اللائق بحسب الظاهر أن يقول: والعبد أيضاً من أهل العبارة، إلا أنه سلك هذا الطريق لتكفله ببيان أهلية العبارة مع دفع ما يرى ظاهراً من عدم جواز هذا التوكيل لكونه بمنزلة جماد لا يقدر على شيء فليتأمل.

علم أنه صبيّ أو مجنون له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب.

السلم فقال: والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد. وفي المبسوط: إن كان المأذون مرتداً جاز بيعه لأنه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة، فإن أسلم كانت العهدة عليه وإلا فعلى الآمر. وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعاً وشراء، ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول والقاضي وأمينه قوله: (والعقد).

هذا ما انتهى إليه كلام الإمام الكمال بن الهمام رحمه الله

ويليه

تكملة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨

تغمدهم الله برحمته آمين

فهرس الجزء السابع من شرح فتح القدير، للإمام ابن الهمام الحنفي

باب الربا ٣
باب الحقوق ٤٠
باب الاستحقاق ٤٣
فصل في بيع الفضولى ٥٠
باب السلم ٦٦
مسائل منثورة ١١١

كتاب الصرف

كتاب الكفالة

فصل في الضمان ٢٠٤
باب كفالة الرجلين ٢١٢
باب كفالة العبد وعنه ٢١٧

كتاب الحوالة

كتاب أدب القاضي

فصل في الحبس ٢٦٠
باب كتاب القاضي إلى القاضي ٢٦٨
فصل آخر ٢٧٩
باب التحكيم ٢٩٥
مسائل شتى من كتاب القضاء ٣٠١
فصل في القضاء بالمواريث ٣١٧
فصل آخر ٣٣٤

كتاب الشهادات

فصل يتعلق بكيفية الأداء ومسوغه ٣٥٧
باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ٣٧٠
باب الاختلاف في الشهادة ٤٠٥
فصل في الشهادة على الإرث ٤٢٦
باب الشهادة على الشهادة ٤٣١
فصل ٤٤٢

كتاب الرجوع عن الشهادة

كتاب الوكالة